

**Der Anspruch auf Neuherstellung im Werkvertrag
nach der Praxis der Eisen verarbeitenden Industrie,
des Schiffbaues und des Baugewerbes**

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität
in Mainz**

von

Bernd Weber

aus Neustadt an der Weinstrasse

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0017

DER ANSPRUCH AUF NEUHERSTELLUNG IM WERKVERTRAG
NACH DER PRAXIS DER EISEN VERARBEITENDEN INDUSTRIE,
DES SCHIFFBAUES UND DES BAUGEWERBES

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität
in Mainz



von
Bernd Weber
aus Neustadt an der Weinstrasse

Referent: Professor Dr. Esser
Korreferent: Professor Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 26. II. 1962

I N H A L T

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungen	XIII
Vorbemerkung	1

1. K A P I T E L

G R U N D L A G E N

§ 1	<u>Das Problem "Neuherstellung" in Literatur und Rechtsprechung</u>	3
	I. Überblick	3
	II. Der Anspruch auf Neuherstellung bei Untergang und Beschädigung des Werkes	4
	III. Der Anspruch auf Neuherstellung bei Mangel des Werkes	6
	IV. Voraussetzungen des Anspruchs auf Neuherstellung	12
§ 2	<u>Begriffliche Klarstellung</u>	16
	I. Die Begriffsbestimmung "Neuherstellung" im Allgemeinen	17
	II. Die Abgrenzung gegenüber der Mangelbeseitigung im Besonderen	20
	III. Das Interesse von Besteller und Unternehmer an der Neuherstellung	28
	IV. Die Literatur zur Neuherstellung in der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau und Baugewerbe	30

2. K A P I T E L

DAS NEUHERSTELLUNGSPROBLEM BEI UNTERGANG UND BESCHÄDIGUNG DES WERKES IN DER PRAXIS DER EISEN VERARBEITENDEN INDUSTRIE, DES SCHIFFBAUES UND DES BAUGEWERBES

§ 3	Die Gefahrtragung in der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau und Baugewerbe	32
	I. Haftung und Gefahrtragung	32
	II. Fälle der Gefahrtragung	34

§ 4 <u>Der Anspruch auf Neuherstellung bei</u>	
<u>Untergang und Beschädigung des Werkes</u>	41
I. Die Eisen verarbeitende Industrie	41
A. Vorbemerkung	41
B. Die Regelung unter Lieferfrist	44
C. Die Regelung unter Rücktritt	45
D. Abweichende Formularbedingungen	48
E. Einkaufsbedingungen	49
F. Ergebnis	49
II. Der Schiffbau	50
III. Das Baugewerbe	52
A. Vorbemerkung	52
B. Der Besteller trägt die Preisgefahr	55
C. Der Unternehmer trägt die Preisgefahr	59

3. K A P I T E L

DAS NEUHERSTELLUNGSPROBLEM BEI MANGEL DES
WERKES IN DER PRAXIS DER EISEN VERARBEITENDEN
INDUSTRIE, DES SCHIFFBAUES UND DES BAUGEWERBES

§ 5 <u>Die Gewährleistungsbereiche in der Praxis</u>	62
§ 6 <u>Der Anspruch auf Neuherstellung bei Mangel</u>	
<u>im Werk</u>	65
I. Die Eisen verarbeitende Industrie	65
A. Die Ansprüche bei Mangel im Werk	65
B. Die Voraussetzungen des Herstellungs- anspruchs	67
C. Der Umfang des Herstellungsanspruchs	69
1. Der Liefergegenstand besteht aus Teilen	69
2. Liefergegenstand besteht aus einem Stück	77
3. Der Umfang des Herstellungsan- spruchs nach den Einkaufs- und ECE-Bedingungen	78
D. Die Meinung der Praxis, Literatur und Rechtsprechung	83

	Seite
II. Der Schiffbau	93
A. Vorbemerkung	93
B. Die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs	95
C. Der Umfang des Herstellungsanspruchs	96
III. Das Baugewerbe	97
A. Die Bedeutung der Neuherstellungsfälle	97
B. Die Regelung in der VOB	98
C. Die Regelungen in den frei gestalteten Verträgen	103
 § 7 <u>Mangel in der Leistungsfähigkeit des Werkes</u>	 106
I. Die "Garantie" für die Leistungsfähigkeit vor und nach Abnahme des Werkes	106
II. Die Eisen verarbeitende Industrie	108
III. Der Schiffbau	112
IV. Das Baugewerbe	114
 § 8 <u>Wann treten die Rechtsfolgen für Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion ein und wann die für Mangel in der Leistungsfähigkeit des Werkes?</u>	 118

4. K A P I T E L

§ 9 <u>Der Anspruch auf Neuherstellung im Reparaturvertrag</u>	121
Schlußbemerkung	129
Anhang	130

LITERATURVERZEICHNIS

- Achilles-Greiff Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, Berlin 1958
- Bobrowski, Paul Liefervertrag und Lieferbedingungen, Karlsruhe 1956
- von Brunn, Johan Heinrich Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage, Köln, Berlin 1956
- " Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, NJW 1951 S. 103
- " Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 28. 7. 1955, NJW 1956 S. 306
- Bucerius Garantiezeit und Verjährungsfrist, Gruchot Bd. 51 (1907) S. 740
- Christoffel, Otto Bauunternehmer- und Bauhandwerkerrecht, Düsseldorf 1956
- Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 6. Auflage, Jena 1913
- Danelcik, Hans Peter Gewährscheine in allgemeinen Vertragsbedingungen, JW 1936 S. 2041
- Dernburg, Heinrich Das Bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reiches und Preussens, 2. Band, Die Schuldverhältnisse, Halle 1905
- " System des römischen Rechts, 8. Auflage, Berlin 1912

- Dochnahl Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Iher. Jb. Band 48, S. 241
- Eccius Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Gruchot, Band 43 (1899), S. 305
- Ehrenberg, Victor Kauf- und Werkvertrag, Iher. Jb. Band 27, S. 253
- Endemann, Friedrich Anmerkung zum Urteil des Reichsgericht vom 2. 5. 1919, JW 1920, S. 706
- " Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 9. Auflage, Berlin 1903
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Eplinius, Bruno Der Bauvertrag, 3. Auflage, Berlin 1940
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Münster 1958
- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1949
- " § 242 BGB und die Privatautonomie, Gedanken zu einem Vortrag von Franz Wiacker, JZ 1956, S. 555
- " Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Ferid, Murad Die allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern gemäß Empfehlung der ECE vom März 1953, Bielefeld 1954

Fischer-Henle-Titze	Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, München 1932
Fischer, Robert	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. 10. 1956, LM, Allgemeine Geschäftsbedingungen Nr. 1
"	Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen, BB 1957, S. 481
Förster-Eccius	Preussisches Privatrecht, 2. Band, 6. Auflage, Berlin 1892
Freese, Heinrich	Der freie Werkvertrag und seine Gegner, Jena 1952
von Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, München 1917
"	Dauernde Schuldverhältnisse, Iher. Jb., Band 64, S. 395
Goldmann-Lilienthal	Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Band, 2. Auflage, Berlin 1903
Görtz, Rolf	Hürden im Schiffbau, Die Welt, vom 16./17. 11. 1960, Nr. 269, S. 11
Götz, Volkmarr	Sachmängelbeseitigung beim Kauf, Recht und Pflicht der Nachbesserung, Diss., Frankfurt/M. 1959 in: Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-Handels- und Prozeßrecht, Band 9, Bielefeld 1960
Grossmann-Doerth, Hans	Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg, 1933
Hamelbeck, Bernhard	Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1930

- | | |
|---|--|
| Haupt, Günter | Vertragsfreiheit und Gesetz, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1943, S. 84 |
| Heck, Ph. | Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929/1958 |
| Hedemann, J.W. | Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Berlin 1949 |
| Heidland, O. | Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen, sowie die Notwendigkeit einheitlicher Lieferungsbedingungen, Stuttgart 1929 |
| Hellauer, Josef | Kaufverträge im Warenhandel und Industrie, Berlin 1927 |
| Henle, Rudolf | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Rostock 1934 |
| Hereth, Ludwig, Naschold | Kommentar zur VOB, 2. Band, Wiesbaden 1954 |
| Herde, Heinz | Haftung und Gefahrverteilung im Bauvertrag, Berlin 1951 |
| Herold | Die VOB und ihr Einfluß auf den Bauvertrag, Blätter für Grundstücks-Bau- und Wohnungsrecht, 1955, S. 69 |
| Hildebrand, Schmid-Lossberg, Stoldt, von Brunn, Möller und Raiser | Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Sitzungsberichte Band 2, Tübingen 1956 |
| Hurst, Werner | Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Diss. Köln 1958 |
| Ingenstau-Korbion | VOB, Teil A und B, Kommentar, Düsseldorf 1960 |

VIII

- Koehler, Walter Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mann-
heim 1934
- Korintenberg, Werner Der Mängelbeseitigungsanspruch und
der Anspruch auf Neuherstellung beim
Werkvertrag, Diss., Köln 1927, in:
Sächsisches Rechtspflege Archiv, 1927,
S. 321 und S. 401
- " Erfüllung und Gewährleistung beim
Werkvertrage, Köln 1935
- " Abschied von der Gewährleistung, Rechts-
wissenschaftliche Arbeiten aus dem
Justizprüfungsamt Köln, Heft 1/2,
Köln 1947
- Krause, Hermann Allgemeine Geschäftsbedingungen und das
Prinzip des sozialen Rechtsstaates,
BB 1955, S. 265
- Kress, Hugo Lehrbuch des besonderen Schuldrechts,
München und Berlin 1934
- Lange, Heinrich Ware und Geld, Grundrisse des Deut-
schen Rechts, 2. Auflage, Tübingen
1943
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band
4. Auflage, München und Berlin 1960
- Lehning Die VOB, NJW 1953 S. 772
- Lotmar, P. Der Arbeitsvertrag, 2. Band, Leipzig
1908
- Lukes, Rudolf Gedanken zur Begrenzung des Inhalts
Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in
Beiträge zum Arbeits- Handels- und
Wirtschaftsrecht, Festschrift für
Albert Hueck, München und Berlin 1959

- Lütke, Walter Die Bedeutung der sogenannten Garantiefristen bei Kauf- und Werkvertrag, Diss. Leipzig 1912
- Mattuschka, Hellmut Ein Beitrag zu der Lehre von der Risikovertellung beim Werkvertrag, Mitteilungen des Jenaer Institutes für Wirtschaftsrecht, 1933, Heft 25, S. 80
- Mauss, E. Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 17. 12. 1959, NJW 1960, S. 667 und S. 668
- Molitor, Erich Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Auflage, 1958, Berlin und München
- Motive Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Band, Berlin und Leipzig 1888
- Müllereisert, F.A. Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932
- Nicklisch, Seilschab, Schwantag Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 2. Band, 3. Auflage, Stuttgart 1958
- Oertmann, Paul Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910
- " Vertragsmäßige und zugesicherte Eigenschaften bei Maschinenlieferungen, Maschinenbau, 7. Band (1928) S. 498
- " Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften nach den "Allgemeinen Lieferungsbedingungen des Vereins Deutscher Maschinenbauanstalten", Maschinenbau, 7. Band (1928) S. 774
- Pagenstecher, Max Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 2. Auflage, Marburg 1944

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, München und Berlin 1961
- Petri, K. Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, AcP, Band 109, S. 202
- Planck, Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil) 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1928
- Planitz, Hans Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1931
- Rabel, Ernst Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2. Band, Berlin und Tübingen 1958
- Rahn, Dietrich Die rechtliche Natur des Porträtmalvertrags und die sich hieraus ergebende Sachmängelhaftung, Diss., Erlangen 1936
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Reichsgerichtsräte Reichsgerichtsräte und Bundesrichter: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, Berlin 1959 (zit.: RGRK)
- Riezler, E. Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900
- Rohlfing, Theodor Die selbständige Werkarbeit des Handwerkers, der Werkvertrag, München 1937
- Rosenthal, Heinrich Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Auflage, Köln und Berlin 1953

- | | |
|--------------------|--|
| Ross, P. | Das Werkmängelrecht der Verdingungs-
ordnung für Bauleistungen, Berlin
1930 |
| Rothenbücher, Karl | Geschichte des Werkvertrages nach
deutschem Rechte, Untersuchungen zur
Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte,
Breslau 1906 |
| Rümelin, Gustav | Dienstvertrag und Werkvertrag, Tü-
bingen 1905 |
| Schäfer-Finnern | Rechtsprechung zur Bauausführung,
Düsseldorf 1954 |
| Schmidt, Rudolf | Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch
seiner Grundzüge, 2. Band 2. Auflage,
Berlin 1933 |
| Schmoll, Georg | Welche Wirkung hat bei der locatio
conductio operis der vor der Billig-
ung erfolgte zufällige Untergang
des Werkes auf die Verpflichtungen
der Contrahenten? Diss., Straßburg
1889 |
| Schneider, Dieter | Beschränkung von Gewährleistungsrech-
ten in Allgemeinen Geschäftsbedingun-
gen, NJW 1954, S. 133 |
| Schöller, W. | Die Folgen schuldhafter Nichterfül-
lung, insbesondere Schadensersatz
wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werk-
vertrag, Miete und Dienstvertrag nach
dem BGB, Gruchot, Band 46 S. 253 |
| Siber, Heinrich | Schuldrecht, Leipzig 1931 |
| " | Zur Theorie von Schuld und Haftung
nach Reichsrecht, Iher.Jb. Band 50,
Seite 234 |
| Soergel, H.Th. | Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einfüh-
rungsgesetz, 2. Band, 8. Auflage,
Stuttgart und Köln 1952 |

- | | |
|--------------------|--|
| Stahl, Hans | Widerspruch zwischen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen, Der Betrieb, 1956, S. 681 |
| von Staudinger, J. | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Fritz Kiersauer, Fritz Ostler und Hermann Riedel. 11. Auflage, Berlin 1958 |
| Stein | Schadenersatz aus Werkvertrag, bei beschränkter Gewährleistung, Rechts- und Steuerdienst, Nr. 39, Beilage der Zeitschrift "Die Bauwirtschaft", Frankfurt/Main, 29. 3. 59, Nr. 14 |
| Strohal, E. | Zur Beurteilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der 2. Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Iher. JB. Band 33, S. 384 |
| Süss, Theodor | Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig 1931 |
| Titze, Heinrich | Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin 1948 |
| Weilbier, Rudolf | Bauvergabe und Bauverträge, Bautechnischer Kommentar, Hauptband, Berlin 1958, Ergänzungsband, Berlin 1959 |
| Werneberg | Die Ansprüche bei Mängeln des Bauwerks gegen den Hersteller, Sächs. Archiv, 1935, S. 193 |
| Windscheid, Kipp | Lehrbuch des Pandektenrechts, 1941 |
| Wittich, M. | Zum § 651 BGB, Gruchot, Band 49 (1905), S. 276 |
| Wüstendörfer, Hans | Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues, HansRZ 1919, Sp. 177-184 |
| " | Das Problem der hinkenden Speziesschuld, ZHR, 88. Band S. 241, Stuttgart 1926 |

Abkürzungen

Bl	Blatt
BlGrBW	Blätter für Grundstücks-Bau-und Wohnungsrecht
E	Einleitung
ECE	Economic Commission for Europe
EB	Ergänzungsband
Ez	Erläuterungszahl
FB	Formularbedingung
HansRZ	Hanseatische Rechts-Zeitschrift
Hb	Hauptband
HLN	Hereth-Ludwig-Naschold
RG	Zivilrechtsurteil des Reichsgerichts in der amtlichen Sammlung
S	Seite
Sch-F	Schäfer-Finnern
Sp	Spalte
V	Vertrag
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
Ziff	Ziffer

V o r b e m e r k u n g

Diese Arbeit untersucht eines der umstrittensten Probleme des Werkvertragsrechts. Es ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt und wird gekennzeichnet durch das Schlagwort "Neuherstellung".

Aus dem Problemkreis "Neuherstellung" herausgegriffen sind die in der Praxis bedeutsamen Zentralfragen: Haben Besteller und Unternehmer bei Untergang, Beschädigung und Mangel des Werkes vor oder nach Abnahme g r u n d s ä t z l i c h einen Anspruch auf Neuherstellung? "Grundsätzlich" bedeutet, die Antworten sind nur im Prinzip zu suchen; der Einfluß von Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Neuherstellung auf den etwaigen Neuherstellungsanspruch bleibt dahingestellt.

Um einen A n s p r u c h auf Neuherstellung im Sinne des BGB handelt es sich genau genommen nur bei dem Verlangen des Bestellers; der Unternehmer hat demgegenüber eventuell ein R e c h t von dem Besteller zu fordern, daß er eine Neuherstellung gestattet.

Im folgenden ist aus Gründen einer einfacheren Darstellung in der Regel nicht zwischen Anspruch und Recht unterschieden. Unter dem Begriff Anspruch ist daher auch das Recht auf Neuherstellung zu verstehen.

Die gestellten Fragen sollen nicht von der Dogmatik ausgehend durch Gesetzesauslegung deduktiv behandelt werden. Ein solcher Beitrag wäre bei der Fülle der bereits bestehenden Literatur und Rechtsprechung zum Problem "Neuherstellung" a priori von wenig Interesse. Es soll insoweit genügen, den Meinungsstand von Literatur und Rechtsprechung kurz darzustellen.

Aufgabe ist vielmehr eine induktive Untersuchung des reichen, bisher erstaunlicherweise unberücksichtigt gebliebenen Materials der Rechtspraxis der Industrie. Dabei soll nur geprüft werden, wie der Rechtsgebrauch

der Industrie i s t , nicht wie er sein sollte.

Aus der Praxis herausgegriffen wurden die wichtigsten Industriezweige unserer Wirtschaft, für die auch das Werkvertragsrecht, zumindest für einen Teil ihrer Produktion, erhebliche Bedeutung hat: die Eisen verarbeitende Industrie, der Schiffbau und das Baugewerbe.

Die Untersuchungen basieren im wesentlichen auf Formularbedingungen, die heute gültig sind, auf praktisch durchgeführten Verträgen, auf einer speziellen Rechtsordnung, der VOB, und auf Auskünften von Unternehmern, Bestellern und Verbänden. Das der Arbeit zu Grunde gelegte Material ist nicht vollständig, aber doch so umfangreich, daß es als repräsentativ gelten kann.

Im einzelnen wurden untersucht:

- 31 Lieferbedingungen
- 3 Auslandsbedingungen
- 9 Einkaufsbedingungen
- 9 Reparaturbedingungen
- 4 Schiffbauverträge und
- 6 Bauverträge

Diese sind der Dissertation in der Anlage beigelegt.
Doch ist der Text der Darstellung so gehalten, daß letztere auch ohne Bezugnahme auf die Anlage geschlossen verständlich und zur Veröffentlichung geeignet ist.

An dieser Stelle sei all denen gedankt, die mir bei der Materialbeschaffung behilflich waren.

1. KAPITEL

GRUNDLAGEN

§ 1

Das Problem "Neuherstellung" in Literatur und Rechtsprechung

I. Überblick

Der Komplex Neuherstellung ist in verschiedene Fragen aufzugliedern, die sich sowohl für den reinen Werkvertrag als auch für den Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen stellen können.

1. Der Anspruch auf Neuherstellung bei zufälligem Untergang und zufälliger Beschädigung des Werkes
 - A. Kann bei zufälligem Untergang und zufälliger Beschädigung des Werkes vor oder nach Abnahme a) der Besteller, b) der Unternehmer grundsätzlich Neuherstellung verlangen?
2. Der Anspruch auf Neuherstellung bei Mangel des Werkes
 - B. Kann bei Mangel des Werkes vor oder nach Abnahme a) der Besteller, b) der Unternehmer grundsätzlich Neuherstellung verlangen?
 - C. Woraus ist der Anspruch auf Neuherstellung abzuleiten? Ist er Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruch?
3. Bejaht man grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung bei Untergang, Beschädigung und Mangel des Werkes

vor und nach Abnahme, ist weiter zu fragen:

D. Was sind die Voraussetzungen für einen durchsetzbaren Anspruch auf Neuherstellung?

II. Der Anspruch auf Neuherstellung
bei zufälligem Untergang und zufälliger
Beschädigung des Werkes

Unter Untergang des Werkes ist dessen totale Vernichtung durch äußere Einwirkung zu verstehen, wie z.B. durch Brand oder durch mechanische Zerstörung.

Geht das Werk durch einen Mangel im Werk selbst unter, handelt es sich nicht um einen Fall des zufälligen Untergangs, der Gefahrtragung, sondern um einen des Mangels, der Gewährleistung bzw. der Erfüllung. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der zu liefernde oder gelieferte Bootsmotor durch falsche Einstellung der Zündung explodiert. ¹⁾

Beschädigung bedeutet eine mehr oder minder umfangreiche Beeinträchtigung des Werkes durch äußere Umstände.

Kein Streit besteht in der Literatur und Rechtsprechung darüber, daß Neuherstellung *n a c h* Abnahme weder vom Besteller noch vom Unternehmer verlangt werden kann, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs mit der Abnahme auf den Besteller übergegangen ist. ²⁾

1) Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. III. 1934, RG 144, 162 = JW 1934, S. 2395 Nr. 2

2) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 139, 149, Anm. 125

Staudinger-Riedel, § 644, 16 (S. 1794)

Streitig ist jedoch, ob Besteller und Unternehmer v o r Abnahme Neuherstellung des zufällig untergegangenen, soweit erforderlich, auch des beschädigten Werkes verlangen können. Dieses Problem ist durch das Gesetz nicht gelöst. ¹⁾ Die §§ 644 und 645 BGB regeln nur die Preisgefahr. ²⁾ Nach den Motiven soll bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz überhaupt nicht möglich sein. ³⁾ Von der überwiegenden Lehre wird wegeh der noch nicht erloschenen Werkvertragserfüllungspflicht des Unternehmers allgemein die Meinung vertreten, bei zufälligem Untergang und zufälliger Beschädigung hätten der Besteller ⁴⁾ und der Unternehmer ⁵⁾ - wenngleich unter, je nach Autos

-
- 1) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 138
Enneccerus-Lehmann, § 153 II b)
Schmoll, S. 64
 - 2) Über den Begriff der Preisgefahr siehe S. 18
 - 3) Motive, II, § 576, S. 498
 - 4) Riezler, 144, 145
Oertmann, § 633, 2 h
Fischer-Henle-Titze, § 644
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 143
Esser, § 135 A 1 und § 135 B 2 b
Soergel-Erdsiek, § 644 Anm. 2
Palandt-Gramm, § 644, 4
Staudinger-Riedel und die dort angegebene Literatur, § 644, 16.f
Ennecerus-Lehmann, § 153 II b
Schmoll, S. 64 f. (69, 70)
Dochstuhl, S. 282, 304, aber auch S. 283
 - 5) Riezler, S. 144
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung..., S. 149
Soergel-Erdsiek, a.a.O.
Staudinger-Riedel, § 644, 16 (S. 1764)

mehr oder minder starken Einschränkungen, ¹⁾ - grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung. Nur nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte soll der Neuherstellungsanspruch ausschließlich dann gegeben sein, wenn er sich aus besonderen vertraglichen Bestimmungen ableiten läßt. ²⁾

III. Der Anspruch auf Neuherstellung bei Mangel des Werkes

A. Die Literatur

1. Der Anspruch auf Neuherstellung v o r Abnahme.

Auch in den Vorschriften über die Mangelhaftigkeit des Werkes ist im Bürgerlichen Gesetzbuch von Neuherstellung nicht die Rede. Bedeutet die Nichterwähnung Ablehnung des Anspruchs oder ist ein besonderer Hinweis auf den Anspruch nur deshalb unterblieben, weil er sich ohnedies aus den allgemeinen Vorschriften ergibt? ³⁾ Nach Inkrafttreten des BGB stellte Gustav Rümelin, ⁴⁾ angeregt durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. III. 1904 ⁵⁾ als erster die Frage, ob bei Mangel eines Werkes Neuherstellung verlangt werden könne. Die wenig klare, spätere höchstrichterliche Rechtsprechung ⁶⁾ trug dazu bei, daß das Neuherstellungsproblem

1) Siehe darüber die Literatur unter 4) und 5) der Anmerkung auf Seite 5

2) RGRK-Denecke, § 644, 2

3) Staudinger-Riedel, § 633, 2
Larenz, S. 188

4) S. 78 - 80
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 76

6) siehe Seite 87 f.

5) RG 57, 275

heftig umstritten war. ¹⁾ Der Streit war begrenzt auf die Frage, ob der B e s t e l l e r v o r Abnahme einen Anspruch auf Neuherstellung hat; vernachlässigt wurde die Untersuchung, ob dem U n t e r n e h m e r ein solcher Anspruch zusteht. ²⁾ Als tabu galt den meisten Autoren jener Zeit - mit Ausnahme insbesondere von H. Siber - eine Prüfung des Anspruchs auf Neuherstellung n a c h Abnahme.

Erst durch die ausführlichen Untersuchungen Werner Korintenberg's in den Jahren 1927 ³⁾ und 1935 ⁴⁾ kann

-
- 1) Mit Rümelin, a.a.O., b e j a h t e n mit mehr oder weniger starken Einschränkungen grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung:
Oertmann, BGB § 633, 2 h ^β und ⁴
Wüstendörfer, Das Problem ..., 258 f. (264)
Fischer-Henle-Titze, § 633
Siber, S. 341 und 342
Kress, S. 196; so wohl auch schon:
Riezler, S. 113 und 124

Zu den Meinungen von Oertmann siehe Wüstendörfer, S. 254,
von Wüstendörfer siehe Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 78 f. (80, 85, 87, 97).

Den Anspruch l e h n t e n für jeden Fall a b :

Dernburg, § 320 II 1

Cosack, S. 607

Goldmann-Lilienthal, S. 648, Anm. 19

Lotmar, S. 670

Planck, § 633, 2 a

Petri, S. 209 und 210, will den Anspruch nicht bei Werkvertrag, dagegen grundsätzlich bei Werk-lieferungsvertrag mit Gattungsscharakter geben.

- 2) bejahend: Lotmar, S. 670
Planck, § 633 2 a
verneinend: Goldmann-Lilienthal, S. 648, Anm. 19
Petri, S. 209
- 3) "Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag"
- 4) "Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage".

das Problem, ob Unternehmer und Besteller vor Abnahme grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben, als im Ergebnis gelöst betrachtet werden. Heute herrscht, von wenigen Ausnahmen abgesehen, einhellig ¹⁾ diese Meinung: Vor Abnahme steht dem Besteller und dem Unternehmer grundsätzlich ein Anspruch auf Neuherstellung zu. ²⁾

2. Der Anspruch auf Neuherstellung n a c h Abnahme.

Noch heute ist umstritten, ob ein Anspruch auf Neuherstellung auch nach Abnahme besteht. Einig ist sich die Literatur im Wesentlichen nur darin, daß der U n t e r n e h m e r auch nach Abnahme ein Recht auf Neuherstellung hat. ³⁾ Dem B e s t e l l e r wird jedoch der Anspruch von einem Großteil der Literatur mit dem Hauptargument einer Konzentrationswirkung der Abnahme ver-

1) Noch in seiner letzten Auflage hält der Kommentar der RGR an seiner alten Ansicht fest, daß zwar dem Unternehmer, nicht aber dem Besteller der Anspruch zustehe. § 633, Anm. 2

2) Esser, § 134 A 2
Larenz, S. 189
Soergel-Erdsiek, § 633, 6
Hedemann, S. 278
Ermann-Goerke, § 633, 1
Molitor, S. 91
Palandt-Gramm, § 633, 1
Rosenthal, § 633
Enneccerus-Lehmann, § 151 I
Staudinger-Riedel, § 633, 2

3) Lotmar, S. 670
Planck, § 633, 2 a
Fischer-Henle-Titze, § 633
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung .., S. 137, 182, 193
RGRK-Denecke, § 633
Palandt-Gramm, § 633, 1
Staudinger-Riedel, § 633, 4
Esser, § 134 A 3: "Der Unternehmer kann Neuherstellung anbieten."

weigert. 1) Die Gegenmeinung 2) begründet den Anspruch aus dem allgemeinen Erfüllungsgedanken oder mit Hilfe der Analogie zu § 480 BGB.

-
- 1) Lotmar, S. 670
Petri, S. 204 f.
Dernburg, § 320 II 1
Cosack, S. 607
Goldmann-Lilienthal, S. 648, Anm. 19
Schöller, S. 256
v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, S. 395 und 396
Anm. 71
Deutsches Privatrecht, S. 695, Anm. 37
Planck, § 633, 2 a Satz 1
Fischer-Henle-Titze, § 633
Korintenberg, Der Mangelbeseitigungsanspruch, S. 405,
415
Erfüllung und Gewährleistung ..., S. 171
Larenz, S. 189
Esser, § 134 A 2, 3; B 1 b
Soergel-Erdsiek, § 640 Anm. 1
RGRK-Denecke, § 633 Anm. 2
Hedemann, S. 278
Erman-Goerke, § 633, 1
Staudinger-Riedel, § 633, 4
Wüstendörfer, Tatsachen und Normen des Seeschiffbaus,
a.a.O. Sp. 180
- 2) Rümelin, S. 78 - 80, dazu: Wüstendörfer, das Problem,
S. 254
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 77 f (90)
Oertmann, BGB, § 633, 2 h dazu: Wüstendörfer, Das Problem ..., S. 254
Wüstendörfer, Das Problem ..., S. 255 f. (264)
Tatsachen ..., Sp. 180 f., dazu: Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung.,
S. 78 f. (80, 85, 86, 90, 98)
Kress, S. 196, Anm. 94
Siber, S. 341 f.
Palandt-Gramm, § 633, 1, vertrat in der 19. Auflage die Ansicht: "Die Beschränkung auf den Besserungsanspruch (Mangelbeseitigungsanspruch) setzt erst ein, wenn der Besteller das Werk trotz Kenntnis seiner Mangelhaftigkeit als Erfüllung annimmt."
In der 20. Auflage tritt er wieder seine frühere Ansicht, wie z.B. in der 15. Auflage, und nimmt eine Beschränkung auf den Mangelbeseitigungsanspruch des Bestellers auch dann an, wenn dieser den Mangel bei Abnahme nicht kennt. "Die Beschränkung auf den Besserungsanspruch setzt erst ein, wenn der Besteller das Werk als Erfüllung annimmt." D.h., daß nach der momentanen Ansicht von Palandt-Gramm der Besteller nach Abnahme **k e i n e n** Anspruch auf Neuherstellung haben soll.

B. Die Rechtsprechung

Weniger dynamisch als die Literatur ist die Rechtsprechung. Das Reichsgericht hat in seinen 3 klassischen Entscheidungen aus den Jahren 1904, 1919 und 1923 versucht, aus Gründen in erster Linie der Konstruktion und in zweiter Linie der Billigkeit das Nichtbestehen eines Neuherstellungsanspruches zu beweisen. ¹⁾ Während es einen Anspruch des Bestellers zunächst überhaupt ablehnte, ließ es ihn in seiner letzten Entscheidung grundsätzlich vor Abnahme und im Falle des Aliud zu. Nur dem Unternehmer wollte es auch nach Abnahme ein Recht zur Neuherstellung geben.

Die Begründungen in diesen 3 Reichsgerichtsentscheidungen sind bis zum heutigen Tage für Rechtsprechung und Literatur die Basis für die Auseinandersetzung über den Anspruch auf Neuherstellung.

1) Urteile des Reichsgerichts

vom 18. III. 1904 in RG 57/ 275 f.

vom 2. V. 1919 in RG 95/329 f.

vergl. hierzu die Anmerkung von Endemann in JW 1920, S. 706

vom 9. VII. 1923 in RG 107/339 f. = JW 1925, S. 940

vergl. hierzu die Stellungnahme von Wüstendörfer, Das Problem ..., S. 254 und 255

Zu allen 3 Reichsgerichtsurteilen siehe die Kommentierungen von:

Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung..., S. 76 und 105 - 113

Wüstendörfer, Das Problem ..., S. 255

Rümelin, S. 77 und 78

Vergl. ferner die Rechtsprechung der oberen Gerichte, insbesondere:

OLG Dresden, Urteil vom 15. V. 1914, in Seuff.Arch. 69 Nr. 237

Kammergericht, Urteil v. 11. VII. 1907 in: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 17 S. 425

Die Gründe, den Anspruch des Bestellers zunächst vor und nach Abnahme, dann nur noch grundsätzlich nach Abnahme abzulehnen, entnimmt das Reichsgericht im Wesentlichen aus 3 Gesichtspunkten:

I. Aus der Regelung des Werkvertrags-Rechts:

- 1) §§ 633 ff. hätten die Rechte des Bestellers vollständig und ausschließlich geregelt, der Anspruch auf Neuherstellung sei nicht erwähnt.
- 2) § 633 II 1 sei gegenüber dem Anspruch auf Neuherstellung einschränkend auszulegen.
- 3) Nach § 633 II 2 könne der Unternehmer eine Neuherstellung immer verweigern.
- 4) Aus § 634 II folge, ~~daß~~ auch bei Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nicht ohne weiteres Neuherstellung verlangt werden könne.

II. Aus den übrigen Bestimmungen des BGB:

- 1) Aus den allgemeinen Bestimmungen lasse sich ein Anspruch auf Neuherstellung nicht herleiten.
- 2) In § 480 BGB sei ein Neulieferungsanspruch ausdrücklich erwähnt, nicht so im Werkvertrag-Recht.

III. Aus der Berücksichtigung der Willens- und Interessenlage von Besteller und Unternehmer.

- 1) Es könne nicht selten ein Vertragswille dahin unterstellt werden, die Lieferungsspflicht solle sich auf die erste fertige Sache beschränken.
- 2) Der Besteller habe vielfach kein Interesse an Neuherstellung.
- 3) Die Ablehnung des Anspruchs auf Neuherstellung sei zur Schonung des Unternehmers notwendig. ¹⁾

Die Rechtsprechung des BGH ²⁾ und der unteren Gerichte ³⁾ schließt sich im Ergebnis der letzten Entscheidung des Reichsgerichts an.

1) Zu den Auseinandersetzungen mit diesen Begründungen vergl. insbesondere die unter Anm. 1 Seite 10 angeführte Literatur.

2) Urteil des BGH vom 6. II. 1958 in BGH 26/337 f.=
MDR 1958/333 = NJW 1958/706

3) z.B. Urteil des LG Frankenthal, vergl. S. 101 f.

Einen breiten Raum in der Behandlung des Problems "Neuherstellung" nimmt die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs ein. Ihr gilt heute in besonderem Maße die Aufmerksamkeit der Literatur.¹⁾ Im Ergebnis unterscheiden sich die Meinungen nicht. Der Streit ist daher für die Praxis ohne Interesse.

IV. Voraussetzungen des Anspruchs auf Neuherstellung

Wie in der Vorbemerkung bereits angedeutet, ist mit der grundsätzlichen Bejahung eines Neuherstellungsanspruchs die Entscheidung über einen solchen Anspruch im einzelnen Fall noch nicht präjudiziert. Letztlich hängt sie auch davon ab, ob in concreto die Neuherstellung möglich und zumutbar ist.

A. Ob die Neuherstellung möglich ist, ist eine reine Tatfrage.²⁾ Unmöglichkeit liegt nach Dochnahl³⁾, auf den sich die folgenden Ausführungen beziehen, gleich ob durch Untergang, Beschädigung oder Mangel hervorgerufen, bei Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag nur dann vor,

"wenn die Ausführung in der durch den Vertrag geforderten Weise überhaupt nicht, d.h. von niemandem mehr bewirkt werden kann, sogenannte objektive Unmöglichkeit."

1) Grundlegend: Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung..., Abschied von der Gewährleistung.

Übersicht bei Larenz, S. 188 f.

Interessant ist ein Vergleich der 11., 15., 19. und 20. Auflage von Palandt-Gramm zu § 633.

Nach der neuesten Rechtsprechung des BGH ist der Mangelbeseitigungsanspruch Erfüllungsanspruch, Urteil vom 30. X. 1958, VII ZR 24/58, NJW 59, S. 142

2) Eplinius, S. 175

3) S. 244 und 245

Das Unvermögen des Unternehmers zur Leistung

"begründet nur dann eine objektive Unmöglichkeit, wenn die Handlung, durch welche der Erfolg herbeizuführen war, nach Vertrag oder Natur der Sache eine unvertretbare darstellt."

Ein Unvermögen liegt z.B. dann vor, wenn der Unternehmer durch Krankheit zur Neuherstellung nicht fähig ist, oder wenn die Herstellungsmöglichkeit nicht mehr gegeben ist, z.B. die Maschinen, mit denen das Werk erstellt werden sollte, untergegangen sind. Ist das Material, aus dem das Werk zu erstellen war oder erstellt worden ist, durch Untergang, Beschädigung oder Mangel unverwendbar geworden, ist zu unterscheiden, ob ein Werkvertrag oder ein Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache vorliegt.

Liegt ein Werkvertrag vor, hat also der Besteller das Material geliefert und ist dieses unverwertbar für eine Neuherstellung geworden, ist stets objektive Unmöglichkeit gegeben, unabhängig davon, ob das Material wirtschaftlich als vertretbar zu charakterisieren ist; denn durch die Lieferung dieses Materials zur Bearbeitung wurde es für den reinen Werkvertrag zu einem individuell bestimmten, da nur dieses und kein anderes zu bearbeiten ist. ¹⁾ Hat jemand z.B. einem Schreiner zur Anfertigung eines Schrankes, alte, geerbte Bretter geliefert, und verbrennt der fertige Schrank vor Abnahme, ist an eine Neuherstellung nicht zu denken, mag der Schreiner auch auf ganz "ähnliche" Bretter seines Lagers hinweisen. Anders ist jedoch die Unmöglichkeit beim Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, hier

"wird der Untergang des körperlichen Substrats in den meisten Fällen keine objektive Unmöglichkeit zur Folge haben. Individuell bestimmt sein muß bei ihm nur das Werk, nicht aber die zu bearbeitende Sache." ²⁾

1) Dochnahl, S. 244

2) Dochnahl, S. 245

Dochstuhl führt dazu weiter aus:

"Die Vernichtung des Werkes, und sei die Bearbeitung noch so weit fortgeschritten oder gar vollendet, macht die Ausführung des Werkvertrags nicht unmöglich. Zwar wird das Werk nach der Vollendung und vielleicht auch geraume Zeit vorher an sich als ein spezielles anzusehen sein, 1) für den Vertrag bleibt es ersetzbar. Das untergegangene Werk bildet ja nicht das Objekt des Vertrages; es stand bis zur Ablieferung im Belieben des ..(Unternehmers), ob er ..(dem Besteller) gerade dieses Werk zum Zwecke der Vertragserfüllung geben oder es .. (einem Dritten) verkaufen und .. (dem Besteller) ein neues anfertigen wollte."

In allen Fällen der Unmöglichkeit mögen Schadensersatzansprüche gegeben sein. 2) Ein durchsetzbarer Anspruch auf Neuherstellung kommt nicht in Betracht.

B. Unzumutbarkeit der Neuherstellung bedeutet allgemein, daß die Vorteile des einen Vertragspartners an der Neuherstellung nicht im Verhältnis stehen zu den Nachteilen des anderen Partners, die dieser mit einer Neuherstellung auf sich nehmen müßte. Sie kann je nach Industriebranche und konkretem Fall gegeben sein oder nicht.

Es ist daher auch nicht zu untersuchen, ob die mit dem Schlagwort Zumutbarkeit geforderte Interessenabwägung gem. § 633 II BGB nach dem Vertragsmaterial der Praxis im Einzelfalle tatsächlich vorgenommen werden darf, oder ob dem nicht Vertragsabsprachen der Formularbedingungen oder Verträge entgegenstehen, die die Vertragsparteien unabhängig von jeder Interessenabwägung

1) siehe auch Dochnahl, S. 272

2) Esser, Schuldrecht, § 135 B 2 b

zur Neuherstellung im Einzelfalle verpflichten. ¹⁾
Die Grenzen eines durchsetzbaren Anspruchs auf Neuherstellung liegen also dort, wo die Neuherstellung unmöglich oder unzumutbar ist.

Auf das Problem, ob die Gewährleistungsrechte des BGB z.B. bei Unmöglichkeit der Neuherstellung trotz ausdrücklichen Ausschlusses durch Formularbedingungen und Verträge wieder "aufleben" können, soll hier auch nicht eingegangen werden. ²⁾

Weiter ist nicht berücksichtigt, ob der Unternehmer bei einer mißlungenen Neuherstellung zu einer zweiten verpflichtet ist. ³⁾

Grundsätzlich nicht zu prüfen ist bei dem Anspruch auf Neuherstellung, ob ein Verschulden vorliegt. Das untersuchte Formular- und Vertragsmaterial gestaltet den Herstellungsanspruch auch in der Regel unabhängig von der

-
- 1) Zu dem Fragenkomplex "Zumutbarkeit" vergl. die Ausführungen von:
HLN, Ez 13.215
Rümelin, S. 116
Staudinger-Riedel, § 633, 24
Esser, § 135. B 3
Götz, S. 41, 42, 72, 88, 93, 96
Wüstendörfer, Tatsachen ..., Sp. 178, 181
Oertmann, Haftung, S. 776
Eplinus, S. 174
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung..., S. 38, 106
Möller, Streitgespräche, a.a.O. N. 21
Herde, S. 30
- 2) vergl. dazu: Urteil des BGH vom 14. V. 1959, MDR 1959 S. 750 (751)
Wüstendörfer, Tatsachen, S. 178
Heidland, S. 49, 50
Oertmann, Haftung, S. 776
Götz, S. 78 f. (83 - 102)
- 3) vergl. dazu Koehler, S. 94 und Urteil des Reichsgerichts vom 26. X. 1915, JW 1916, Seite 134, Nr. 17

Verschuldensfrage aus. 1)

Die zentralen Fragen des Problems der Neuherstellung sind somit: ob, wann und wem bei Untergang und Beschädigung einerseits und bei Mangel andererseits ein Neuherstellungsanspruch grundsätzlich zusteht.

§ 2

Begriffliche Klarstellung

Eine Definition des Begriffs Neuherstellung findet sich weder im Gesetz noch erstaunlicherweise in der Literatur und Rechtsprechung, obwohl die Literatur über die Neuherstellung bereits ins Uferlose geht.

Eine Begriffsbestimmung ist vor allem gegenüber dem Begriff "Mangelbeseitigung" notwendig, da ja bei einem Mangel im Werk nach Abnahme nach der noch überwiegenden Meinung der Literatur und der einhelligen Ansicht der Rechtsprechung der Besteller zwar einen Anspruch auf Mangelbeseitigung, doch keinen auf Neuherstellung hat.

Zunächst sollen die Begriffsmerkmale der Neuherstellung aufgezeigt und dann mit Beispielen speziell auf die Unterscheidung "Neuherstellung" und "Mangelbeseitigung" eingegangen werden.

1) Goetz, S. 95
Herde, S. 32

siehe ferner die Lieferungsbedingungen des VDMA im Anhang.

I. Begriffsbestimmung "Neuherstellung"
im Allgemeinen

- A. Die Neuherstellung setzt nach Lehre und Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Eintritts von Untergang, Beschädigung oder Mangel mindestens ein im Wesentlichen fertiges Werk voraus, wohingegen für die Mangelbeseitigung grundsätzlich gleichgültig ist, ob das Werk im Wesentlichen vollendet war oder nicht.

Neuherstellung besteht, wie der Name sagt, in einer Wiederholung der Werkleistung, wobei eine unmittelbare Verwertung des wesentlichen bisherigen Leistungsergebnisses ausgeschlossen ist. Ein im Wesentlichen fertiges Werk heißt, daß das Werk mindestens im Kern vollendet gewesen sein muß. ¹⁾ War es nicht im Kern vollendet, geht der Herstellungsanspruch auf Mangelbeseitigung. Der Begriff des Herstellungsanspruchs soll in dieser Arbeit als Oberbegriff für den Mangelbeseitigungsanspruch und den Neuherstellungsanspruch verwendet werden. Geht der Anspruch auf Mangelbeseitigung, so ist es für die Voraussetzung dieses Anspruchs gleichgültig, wie die Mangelbeseitigung technisch vorgenommen wird. Sie kann vorgenommen werden durch Ausbesserung, d.h. durch erneute Bearbeitung der schadhaften Stelle ohne wesentlichen Materialaufwand, oder durch Teilersatz. ²⁾ Teilersatz bedeutet, daß das bisherige Teilwerk je nach Art und Umfang des schädigenden Ereignisses ganz oder teilweise durch ein neues Teilwerk ersetzt wird. Dabei kann dies, je nach Art des Teiles, vom Unternehmer wieder erstellt oder, wenn es sich um vorfabrizierte Teile, z.B. der Maschinenindustrie handelt, ausgewechselt werden. ³⁾

1) Siehe dazu die Beispiele S. 22

2) Im Urteil des Reichsgerichts vom 2. V. 1919, RG 95, 329 f. (330) ist dieser Teilersatz richtig als Mangelbeseitigung angesehen. Wüstendörfer, Tatsachen ..., Sp. 181 dagegen bezeichnet den Teilersatz als Teilneuherstellung. Diese Auffassung von der Neuherstellung ist jedoch abzulehnen, da sie die Grenzen zwischen Mangelbeseitigung und Neuherstellung verwischt.

3) Wüstendörfer, Das Problem ..., S. 265

- B. Das Werk hätte ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses **e r f ü l l u n g s f ä h i g** sein müssen. Das ist nicht der Fall, wenn es sich um ein Aliud handelt. Ein Aliud liegt vor, wenn das von dem Unternehmer erstellte Werk gegenüber dem geschuldeten so erheblich abweicht, daß es als Vertragserfüllung nicht zu gelten braucht. Dabei ist es gleichgültig, ob auf dieses Aliud ein schädigendes Ereignis eingewirkt hat oder nicht. Unstreitig steht dem Besteller in diesen Fällen der Erfüllungsanspruch zu. Durch diesen wird der Unternehmer zur Leistung, wie ursprünglich im Vertrag vorgesehen, verpflichtet. Aber die nun durch den Unternehmer zu erbringende Leistung ist die geschuldete, die er zum ersten Mal zu erbringen hat; deswegen nicht zum zweiten Mal, weil die Leistung, die als Aliud anzusehen ist, keine geschuldete war. Der Herstellungsanspruch, der den Unternehmer immer zu einer Zweit-, Teil- oder Gesamtleistung berechtigt und verpflichtet, meint daher nicht die Fälle des Aliud. Deshalb sind sie im folgenden unbeachtet geblieben.
- C. Die Neuherstellung ist **o h n e L e i s t u n g s - a u s g l e i c h** für das Erstwerk vorzunehmen. Das bedeutet, die Neuherstellung geht zu Lasten des Unternehmers, er hat die durch Material und Arbeitsaufwand entstandenen Kosten grundsätzlich selbst zu tragen, er trägt die Preisgefahr. Wer die Leistungsgefahr trägt, d. h. ob bei Untergang oder Beschädigung des Werkes der Unternehmer zur Neuherstellung verpflichtet ist, ist Gegenstand der Untersuchungen dieser Arbeit. Das Problem Preisgefahr, Voraussetzungen, Umfang und ihr Einfluß auf die Leistungsgefahr, wird im folgenden grundsätzlich nur insoweit berücksichtigt, als die Verteilung der Preisgefahr auf Unternehmer oder Besteller von Einfluß auf die Frage ist, ob ein Anspruch auf Neuherstellung besteht. Ist ausnahmsweise zwischen den Vertragsparteien vereinbart, daß der Besteller bei Untergang oder Beschädigung die Kosten für das Erstwerk zu tragen hat, ist die Zweit- oder Wiedererrichtung des Werkes **k e i n** Problem der

Neuherstellung. Denn, trägt der Besteller die Preisgefahr, geht es um die Frage, ob die Parteien an den Vertrag grundsätzlich gebunden bleiben, obwohl beide die geschuldete Leistung erbracht, wenn auch nicht gegenseitig ausgetauscht haben. Bei der Neuherstellung geht es dagegen darum, wie weit eine von beiden Vertragspartnern anerkannte Bindung an den Vertrag führen kann: ob Recht und Pflicht des Unternehmers zur Herstellung nur zur Mangelbeseitigung oder darüber hinaus bis zur Neuherstellung führen.

Ein weiterer Grund, die Fälle der Neuherstellung von denen bloßer Vertragsgebundenheit zu trennen, liegt in der unterschiedlichen Interessenlage von Besteller und Unternehmer. Nur wenn der Begriff der Neuherstellung ausschließlich tatsächlich und nicht komplex wirtschaftlich-juristisch zu fassen wäre, könnte die Frage, wer die Kosten einer Neuherstellung trägt, unberücksichtigt bleiben. Während in einem Fall der Neuherstellung meist der Besteller an einem Anspruch auf diese interessiert sein wird, da diese ja nicht auf seine, sondern des Unternehmers Kosten vorzunehmen ist, wird umgekehrt in einem Fall, in dem der Besteller die Preisgefahr trägt, der Unternehmer an einer erneuten Ausführung gegen erneute Bezahlung interessiert sein, z.B. bei einer Auftragsflaute, oder wenn die Gewinnspanne bei diesem Vertrag besonders günstig war. Dem Besteller kann aus diesen Gründen eine Bindung lästig sein. Aber auch er kann Interesse an einer Wiederherstellung dann haben, wenn der Unternehmer der beste am Ort ist oder wenn er, der Besteller, preisgünstig abgeschlossen hat. Die Frage, ob im Ergebnis die Parteien tatsächlich an jede einzelne Vertragsabrede im Wiederherstellungsfalle gebunden bleiben, ist daher von dem Problem der Neuherstellung scharf zu trennen. ¹⁾

1) Siehe auch die Ausführungen zum Baugewerbe, S. 55 f.

Die wesentlichen Elemente des Begriffes "Neuherstellung" sind somit:

1. Ein im wesentlichen fertiges Werk wird durch Untergang, Beschädigung oder Mangel unbrauchbar.
2. Das unbrauchbare Werk wäre an sich erfüllungsfähig gewesen.
3. Die Wiedererstellung der Werkleistung geht finanziell zu Lasten des Unternehmers.

II. Die Abgrenzung gegenüber der Mangelbeseitigung im Besonderen

Neuherstellung und Mangelbeseitigung können im Recht des Werkvertrags im Rahmen eines reinen Werkvertrags oder eines Werklieferungsvertrags notwendig werden. Je nach Art des zugrunde gelegten Vertrags ist der Inhalt der Leistung verschieden.

Mit den Schlagworten der Wirtschaft "Neuproduktion" und "Reparatur" läßt sich das Programm der Industrie umreißen.

Bei Neuproduktion produziert der Unternehmer etwas Neues, vor dieser Produktion noch nicht Bestehendes, bei Reparatur bearbeitet er eine bereits existente Sache des Bestellers mit dem Ziel, entweder der Sache anhaftende Fehler auszuräumen oder ihr ursprüngliches Äußeres oder ihre frühere Funktion wiederzugeben oder die Sache durch Umbau einer neuen Zweckbestimmung zuzuführen.

Neuproduktion und Reparatur bezeichnen daher einen wirtschaftlichen Vorgang. Diese Begriffe sind nicht zu verwechseln mit den in erster Linie juristischen Begriffen der Neuherstellung und der Mangelbeseitigung.

Die Neuproduktion spielt in der Wirtschaft gegenüber der Reparatur eine ungleich größere Rolle. Damit sind

die Vertragsformen, deren sich die moderne Industrie am meisten bedient, Kauf und Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen, die im folgenden nicht berücksichtigt werden, und Werkvertrag sowie Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen.

Ein Werkvertrag wird die Ausnahme sein, da in der Regel bei Neuproduktion der Unternehmer das Material stellt. Abgesehen vom Bauvertrag spielt der reine Werkvertrag in der Wirtschaft nur als Reparaturvertrag eine Rolle. Der Rückgang des Werkvertrags zu Gunsten von Kauf und Werklieferungsvertrag wurde bedingt durch die industrielle Entwicklung der letzten Zeit. Früher stellte der Handwerker aus dem Material des Bestellers die Erzeugnisse her, die heute der technisierte Handwerksbetrieb oder die Industrie liefern, herstellend aus dem Material das sie von ihren Lieferfirmen erhalten. Trotzdem hat das Recht des Werkvertrags auch heute seine Bedeutung nicht eingebüßt. Über die bei der modernen Industrie häufig gebrauchte Vertragsart des Werklieferungsvertrags über nicht vertretbare Sachen ¹⁾ findet seine Regelung mittelbar auch in unseren Tagen in der Praxis vor allem bei Firmen, die sich ganz auf Spezialanfertigung eingestellt haben, häufig Anwendung. Das sind die Firmen der Eisen verarbeitenden Industrie, des Schiffbaues und des Baugewerbes.

Eine nicht zu unterschätzende Rolle hat der Werkvertrag ferner bei der Ausgestaltung des Kaufrechts der Praxis erfahren. Sie hat den Herstellungsanspruch des Werkvertragsrechts zum zentralen Anspruch bei Beschädigung oder Mangel der Kaufsache gemacht. ²⁾

Neuherstellung und Mangelbeseitigung sollen nun einmal im Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen und zum anderen im Werkvertrag gegeneinander abgegrenzt werden.

1) Wann im Einzelfall eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache vorliegt, soll hier nicht untersucht werden, siehe dazu insbesondere RGRK-Denecke, § 651 Anm. 3 und Urteil des Reichsgerichts in JW 1913, S. 27 Nr. 14.

2) Götz, S. 116 f.

A. Neuherstellung und Mangelbeseitigung bei Neuproduktion.

In welchem konkreten Fall im einzelnen Neuherstellung oder Mangelbeseitigung vorliegen kann, richtet sich nach 5 Gesichtspunkten, wobei die jeweils vorhandene Möglichkeit der Befriedigung des Herstellungsanspruchs angeführt wird.

1. Nach der Art der zu erbringenden Werkleistung, d.h. nach der technischen Zusammensetzung des Werkes.
Die Werkleistung kann ein Liefergegenstand sein, bestehend aus:

- a) einem Teil
z.B. gegossene Glocke, handgeschnitzte Madonna:
Mangelbeseitigung und Neuherstellung.
- b) mehreren unselbständigen Teilen
Diese sind entweder einzeln angefertigt oder vorfabriziert, z.B. Maschine, Schiff, Haus:
Mangelbeseitigung und Neuherstellung.
- c) einer Summe in sich selbständiger Teile
das sind komplette Anlagen, z.B. eine Zementfabrik, diese bestehend aus: Motoren, Rührwerk, Betonbehältern, Förderbändern, Elektroanlagen, Werkhallen usw., oder ein Stauwerk:
Mangelbeseitigung und - praktisch kaum eintretend - Neuherstellung.

2. Nach dem Umfang der erbrachten Werkleistung.

Die Werkleistung des Unternehmers kann sein:

- a) vollendet:
Mangelbeseitigung und Neuherstellung
- b) so gut wie vollendet, z.B. in dem "fertig"gestellten Haus müssen nur noch die Scheiben eingesetzt werden, oder in dem "fertigen" Schiff sind noch die Attrappe des Schornsteins zu montieren, die Ankerketten einzuziehen und der Rumpf zu streichen:
Mangelbeseitigung und Neuherstellung.

- c) nur teilweise errichtet, z.B. von einem vierstöckigen Wohnhaus sind Fundament, Keller und 1. Stockwerk gebaut:
Mangelbeseitigung, keine Neuherstellung.

3. Nach Art der schädlichen Einwirkung auf das Werk.
In Betracht kommen Untergang, Beschädigung oder Mangel des Werkes. Der Mangel eines Werkes kann durch Mangelbeseitigung oder durch Neuherstellung beseitigt werden, während bei Untergang oder Beschädigung des Kerns des Werkes die Neuherstellung einzige Möglichkeit der Vertragserfüllung bleibt. Bei Teilbeschädigung sind sowohl Mangelbeseitigung als auch Neuherstellung möglich.

4. Nach dem, was im Einzelfalle abgenommen werden sollte oder abgenommen worden ist.

Besteht ein Werk aus mehreren Teilen, ist grundsätzlich die Gesamtheit der Einzelposten das geschuldete und herzustellende Werk. ¹⁾ In der Regel sind die Einzelposten in toto abzunehmen. Doch kommt es auf die Vertragsab-sprache an, ob teilweise Abnahme möglich ist, ²⁾ siehe dazu Beispiele unter 5.

5. Nach dem Umfang der schädlichen Einwirkung auf das Werk.

Beschädigung oder Mangel des Werkes treffen das Werk nur äußerlich oder im Kern.

Das bedeutet:

- a) Liefergegenstand besteht aus einem Teil.

Ist die gegossene Glocke gesprungen, ist eine Mangelbeseitigung, gleich in welcher Modalität, unmöglich. Es bleibt nur Neuherstellung, die Glocke muß durch einen neuen Guß ersetzt werden.

1) Ingenstau-Korbion, S. 316

2) Dochnahl, S. 268

b) Liefergegenstand besteht aus mehreren, unselbständigen Teilen.

z.B. Liefergegenstand ist ein Motor.

aa) einzelne Schrauben sind mangelhaft.

a 1) Schrauben werden zurecht gefeilt:

Mangelbeseitigung durch Ausbesserung

a 2) Schrauben werden durch neue ersetzt:

Mangelbeseitigung durch Teilersatz

a 3) Schrauben werden zum Teil zurecht gefeilt,
zum Teil durch neue ersetzt:

Mangelbeseitigung durch Ausbesserung und
Teilersatz.

ab) Vergaser unbrauchbar.

a 1) Die einzelnen Teile des Vergasers werden
überholt:

Mangelbeseitigung durch Ausbesserung.

a 2) Die einzelnen Teile des Vergasers werden
durch neue ersetzt:

Mangelbeseitigung durch Teilersatz.

ac) Vergaser unbrauchbar, Zylinderblock gesprungen,
Ventile zugebrannt.

a 1) Vergaser wird ohne Verwendung neuer Teile
ausgebessert. Der Zylinderblock wird durch
einen neuen ersetzt, die Ventile werden aus-
gebessert:

Neuherstellung durch Ausbesserung und Teil-
ersatz.

a 2) Alle Teile werden durch neue ersetzt:
Neuherstellung durch Ersatz.

ad) Der Motor ist fehlerkonstruiert:

Mangelbeseitigung ist nicht möglich. Alle
w e s e n t l i c h e n Teile des Motors
müssen neu konstruiert und hergestellt werden.
Neuherstellung durch Ersatz.

ae) Motor ist fehlkonstruiert.

Kein einziges Teil des fehlkonstruierten Motors kann für die Neukonstruktion Verwendung finden: Neuherstellung durch Ersatz.

af) Der Motor ist explodiert:

Neuherstellung durch Ersatz.

c) Liefergegenstand ist eine komplette Anlage, z.B. eine Zementfabrik.

aa) Abnahme der gesamten Zementfabrik.

a 1) Die Betonbehälter weisen Risse auf.

1. Die Risse werden ausgebessert:

Mangelbeseitigung durch Ausbesserung.

2. Die Betonbehälter werden ersetzt:

Mangelbeseitigung durch Teilersatz.

a 2) Betonbehälter und Förderbänder sind mangelhaft.

1. Beide werden ausgebessert:

Mangelbeseitigung durch Ausbesserung.

2. Beide werden ersetzt:

Mangelbeseitigung durch Teilersatz.

Von einer Neuherstellung kann hier noch nicht die Rede sein, da Betonbehälter und Förderbänder noch nicht das Wesentliche einer Zementfabrik ausmachen.

a 3) Alle Teile des Zementwerks weisen Mängel auf.

1. Es handelt sich um Mängel leichterer Art, die sich zum Teil durch Ausbesserung, zum Teil durch Ersatz beheben lassen: Mangelbeseitigung durch Ausbesserung und durch Ersatz.

2. Es handelt sich um schwere Mängel:

Elektroanlage, Motoren und Rührwerk sind unbrauchbar und müssen ersetzt, das Fundament der Werkhalle verstärkt werden, Betonbehälter und Förderbänder sind einwandfrei. Hier handelt es sich um eine

Neuherstellung durch Ausbesserung und Ersatz, weil das Wesentliche des Liefergegenstands Zementwerk unbrauchbar ist.

ab) Abnahme jedes einzelnen Teils der Zementfabrik:
siehe dazu die Fälle unter Ziff. a und b.

3. Neuherstellung und Mangelbeseitigung bei Reparatur.

Eine Unterscheidung zwischen Neuherstellung und Mangelbeseitigung beim Reparaturvertrag wird weder in der Praxis, noch in der Lehre und Rechtsprechung vorgenommen. Der Begriff der Neuherstellung ist beim Reparaturvertrag kein anderer als beim Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen. Auf die Fälle des Reparaturvertrags angewandt, bedeutet dies:

1. Gegenstand des Reparaturvertrags ist ein Sachwerk, an dem eine gewisse Veränderung vorzunehmen ist. Die Werkleistung besteht entweder in einem Arbeits- oder Materialaufwand, meist in beiden, wobei aber der Arbeitsaufwand regelmäßig überwiegt.

Z.B.: Reparatur eines Stuhles, die 4 alten Beine sind durch neue nach der Form der alten zu ersetzen und einzupassen.

Sind alle 4 Beine richtig nachgeformt, aber ist eines schlecht eingepaßt, sodaß der Stuhl "wackelt", bedeutet das erneute Einpassen des 4. Beines Mangelbeseitigung durch Ausbesserung. Nur ein geringer Teil der gesamten Werkleistung - Zeitaufwand: das Schnitzen und Einsetzen der Beine, Materialaufwand: Holz - muß neu bzw. zum ersten Mal erbracht werden.

Wurden dagegen alle 4 Beine in rissigem Holz geschnitzt wenn auch richtig eingepaßt, bedeutet die Reparatur eine Neuherstellung, da der Unternehmer die gesamte Werkleistung, Arbeits- und Materialaufwand, wiederholen muß.

2. Die Werkleistung muß vollendet oder im Kern erbracht sein, da es sich sonst nur um einen Fall der Mängelbeseitigung handelt.

3. Ist der Reparaturgegenstand untergegangen, entfällt eine Neuherstellung, weil diese wegen Fehlen des Vertragsgegenstandes unmöglich ist.

Wird das Werk beschädigt, ist zu unterscheiden:

a) Die Werkleistung des Unternehmers ist ganz oder teilweise vernichtet, je nachdem handelt es sich um Neuherstellung oder Mängelbeseitigung.

b) Der Werkgegenstand, an dem die Leistung vollbracht worden ist, ist beschädigt. Die Beseitigung der Beschädigung ist keine Frage der Neuherstellung, sondern eine der Haftung.

c) Weist die Werkleistung einen Mangel auf, gilt das zu a) Gesagte.

4. Die Teil- oder Gesamtabnahme spielt naturgemäß beim Reparaturvertrag eine untergeordnete Rolle.

5. Der Umfang der schädlichen Einwirkung auf die Werkleistung ist entsprechend den Ausführungen zur Neuproduktion zu berücksichtigen.

Ergebnis:

Unter Berücksichtigung der aufgezeigten 5 Gesichtspunkte kann bei Neuproduktion oder Reparatur entweder Mängelbeseitigung oder Neuherstellung oder Mängelbeseitigung und Neuherstellung möglich sein.

Für die weiteren Ausführungen interessieren grundsätzlich nur die praktisch selteneren Extremfälle, in denen eine Neuherstellung erforderlich ist.

III. Das Interesse von Unternehmer und
Besteller an einem Anspruch auf
Neuherstellung

Auf den ersten Blick scheinen die Nachteile einer Neuherstellung einseitig den Unternehmer zu treffen. Er hat grundsätzlich die Kosten für Löhne und Material zu tragen, er hat entgangenen Gewinn und ist unter Umständen auch dadurch getroffen, daß er angenommene Aufträge wegen der erforderlichen Neuherstellung überhaupt nicht oder nicht termingemäß ausführen kann. Der Besteller hingegen bekommt das Werk wie bestellt und muß höchstens eine verspätete Lieferung in Kauf nehmen. Und doch ist auch der Unternehmer der Industrie oder des Handwerks unter Umständen mehr an einer Neuherstellung denn an einer Vertragsauflösung, an einer Minderung oder gar an einer Schadensersatzverpflichtung interessiert. Dieses Interesse wird bestimmt durch das Geschäft mit den Ersatzteilen, das sich der Unternehmer erhofft und durch sein Interesse an "Public relation". Mit dem einmal untergegangenen oder mißlungenen Werk möchte er einerseits keinen Kunden verlieren und andererseits keine schlechte Reklame machen.

Je nach Art und Umfang der neben dem Anspruch auf Neuherstellung bestehenden Ansprüche und der Höhe des Entgeltes unterliegt das Interesse an einer Neuherstellung im einzelnen Fall für Unternehmer und Besteller Schwankungen.

Bei Untergang und Beschädigung des Werkes sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Ansprüche des Bestellers auf Herstellung und eventuell solche auf Schadensersatz und Rücktritt denkbar.

Bei Mangel des Werkes gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch primär den Anspruch auf Mängelbeseitigung, sekundär Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz, §§ 634, 635.

Liegen in einem Fall z.B. die Voraussetzungen für den Herstellungs- und Schadensersatzanspruch vor, wird der Besteller eher auf den Herstellungsanspruch zugunsten des Schadensersatzanspruchs verzichten, als er dies tun würde, wenn ihm nur der Herstellungsanspruch zustünde.

Dieser Gesichtspunkt ist bei der Prüfung des Vertragsmaterials der Praxis zu beachten. Das Ergebnis der Untersuchung z.B. über den Umfang des Herstellungsanspruchs eines Vertrages braucht daher, wenn es für den Besteller günstiger ist als das in einem anderen Verträge, nichts auszusagen über die Vorteilhaftigkeit des gesamten Vertrages.

Eine Verpflichtung des Unternehmers zur Neuherstellung bedeutet demnach gegenüber einem Vertrag, der eine solche Verpflichtung nicht vorsieht, dann keine Besonderheit, wenn der Preis so kalkuliert ist, daß im ersten Fall die Kosten einer möglichen Neuherstellung bei der Preisgestaltung mit enthalten sind und der Unternehmer möglicherweise trotzdem noch einen Gewinn erzielt, während er im zweiten Falle zum halben Preise sich zu liefern verpflichtet hat.¹⁾ Das Problem der Neuherstellung ist daher bei der Wertung Vorteil oder Nachteil für den Besteller oder Unternehmer im Rahmen des gesamten Vertrages zu betrachten.

Für die Interessenlage bedeutet dies, daß der Unternehmer bei verbleibendem, wenn auch geschmälertem Gewinn sich eher zur Neuherstellung bereit finden wird, als dies der Fall ist, wenn durch die Neuherstellung der gesamte Gewinn aufgezehrt wird und darüber hinaus noch beträchtliche Unkosten entstehen.

1) von Brunn, Streitgespräch, E 35
Die formularmäßigen Vertragsbedingungen ..
S. 42

Raiser, Streitgespräch, E 40
Bobrowski, S. 143

IV. Die Literatur zur Neuherstellung
in der Eisen verarbeitenden Industrie, im
Schiffbau und im Baugewerbe

3 Untersuchungen des Rechtes der Praxis, die mit dem gestellten Thema im Zusammenhang stehen, gehen dieser Arbeit voraus:

Im Thema gleich gestellt ist die Arbeit von W ü s t e n d ö r f e r , ("Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues"¹) aus dem Jahre 1919. Diese Arbeit ist heute deswegen nur mit Einschränkungen brauchbar, weil sie wenig Material verwertet, das ganze Material durchweg veraltet ist und weil die Monografie von einem falschen Begriff der Neuherstellung ausgeht.

Nicht ganz 10 Jahre später schrieb O e r t m a n n allgemein über das Problem: "Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften nach den "Allgemeinen Lieferungsbedingungen" des Vereins deutscher Maschinenbauanstalten."²) Darin nahm er, heute noch grundlegend, zu dem gestellten Thema im Bereich der Maschinenindustrie, wenn auch kurz, Stellung.

Aus unseren Tagen ist die Arbeit von G ö t z , "Sachmängelbeseitigung beim Kauf"³). Er verwertet das Material der Maschinenindustrie unter dem Gesichtspunkt des Kaufvertrags und kommt zu dem Ergebnis, daß das Kaufrecht der Praxis sich den Herstellungsanspruch des Werkvertrags zu eigen gemacht habe, gleich, ob es sich um Stück- oder Gattungskauf handle.⁴) Auf den Umfang des

1) a.a.O.

2) a.a.O.

3) a.a.O.

4) Götz, S. 61

Herstellungsanspruchs geht er allerdings nicht ein. Das von ihm verwandte Formularmaterial überschneidet sich mit dem hier untersuchten insoweit, als ein Großteil der Formularbedingungen der Maschinenindustrie auf Kauf- und Werkverträge Anwendung findet.¹⁾ Deshalb ist bei gleicher Materialverwertung das Problem, ob der Herstellungsanspruch bis zur Neuherstellung führt, in der Eisen verarbeitenden Industrie für den Kauf genau so eine Frage wie für den Werkvertrag und Werklieferungsvertrag.

1) siehe darüber S. 42 und 83 f.

2. KAPITEL

DAS NEUHERSTELLUNGSPROBLEM BEI UNTERGANG UND BESCHÄDIGUNG DES WERKES IN DER PRAXIS DER EISEN VERARBEITENDEN INDUSTRIE, DES SCHIFFBAUES UND DES BAUGEWERBES

§ 3

Die Gefahrtragung

I. Haftung und Gefahrtragung

Die Ursachen, die zum Untergang oder zur Beschädigung des Werkes führen, können auf Zufall oder auf Verschulden einer Vertragspartei oder eines Dritten beruhen.

Liegt Verschulden vor, spricht man von einem Fall der Haftung, liegt keines vor, von einem der Gefahrtragung.¹⁾ Spätestens nach der Abnahme trägt der Unternehmer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Beschädigung nicht mehr. Insoweit kann man sagen, mit der Abnahme geht die Leistungsgefahr auf den Besteller über, sofern die Realisierung der Gefahr für das Werk auf dessen Untergang oder Beschädigung durch Zufall beruht. In diesem Fall hat der Besteller das Risiko selbst zu tragen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf Untergang und Beschädigung des Werkes vor Abnahme.

Dabei ist zu beachten, daß in folgenden Ausnahmesituationen nach den Formularbedingungen der Maschinenindu-

1) Ingenstau-Korbion, S. 471
Dochnahl, S. 243

strie die Leistungsgefahr und die Preisgefahr bei Untergang und Beschädigung des Werkes schon vor Abnahme auf den Besteller übergehen:

1. Das vollendete Werk bleibt auf besonderen Wunsch oder durch Verschulden des Bestellers trotz Leistungsbeurteilung beim Unternehmer.
2. Das vollendete Werk wird an einen vom Besteller bestimmten Ort versandt.

In diesen Fällen versucht der Besteller in der Praxis das Übernehmerisiko dadurch zu decken, daß er von der Möglichkeit Gebrauch macht, den Unternehmer zum Abschluß einer Versicherung auf seine, des Bestellers, Kosten zu veranlassen.

Trägt der Unternehmer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Beschädigung des Werkes, hat er -- a maiore ad minus -- auch im Falle des Verschuldens, der Haftung, ¹⁾ für den Untergang einzustehen.

So hat nach dem untersuchten Material der Unternehmer im Falle seines Verschuldens oder des Verschuldens eines Dritten, das er sich zurechnen lassen muß, immer den Untergang oder die Beschädigung des Werkes zu vertreten, d.h. bei Verschulden ist er grundsätzlich zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet.

Wäre das Prinzip der Gefahrtragung mit dem Grundsatz der Haftung in der Praxis konsequent durchgeführt, würde der Unternehmer bei Untergang oder Beschädigung des Werkes in jedem Falle zur Neuherstellung verpflichtet und berechtigt, weitere Ausführungen wären damit überflüssig. Aber das Prinzip der Gefahrtragung ergänzt durch den Grundsatz der Haftung für Verschulden garantiert nicht, daß der Unternehmer in jedem Fall tatsächlich für Neuherstellung einsteht. Er entwischt der Verschuldenshaftung des Werkvertrags, da er die Verschul-

1) Dochnahl, S. 254

denfalls dadurch begrenzt, daß er Fälle wie "Betriebsstörungen", "Ausschußwerden" usw. zu denen der Gefahrtragung zählt, und er entwirrt den Gefahrtragungsfolgen dadurch, daß er sich für bestimmte Fälle der Gefahrtragung freizeichnet.

Zunächst ist zu untersuchen, welche Fälle die Praxis der Eisen verarbeitenden Industrie, des Schiffbaus und des Baugewerbes meint, wenn sie von Gefahrtragung spricht.

Im folgenden ist je nach dem Grad der gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuche abweichenden, eigenwillig gestalteten Rechtslage, sowie nach dem Umfang des vorgefundenen Materials zunächst die Rechtspraxis der Eisen verarbeitenden Industrie untersucht. Daran anschließend die des Schiffbaues, die zum Teil auf der Rechtspraxis des Maschinenbaus aufbaut, und schließlich das Baugewerbe, das atypisch gegenüber den Bereichen der übrigen Praxis auf einer speziell für Bauleistungen geschaffenen Rechtsordnung, der VOB, aufbaut.

II. Fälle der Gefahrtragung

Die Regelung der Gefahrtragung der 3 Bereiche der Industrie umfaßt gemeinsam die Fälle der höheren Gewalt und des Zufalls.

Unter "Höherer Gewalt" ist nach Literatur und Rechtsprechung ¹⁾ ein Ereignis zu verstehen, das von außen kommt, also betriebsfremden Ursprungs ist, ferner un-

1) HLN, Ez. 7.28 und die dort angeführten Entscheidungen
Weilbier, Hb. S. 216 f.
Ingenstau-Korbion, S. 455
Köhler, S. 73
Herde, S. 56

vorhersehbar, unabwendbar und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Unternehmer in Kauf zu nehmen ist. Fälle der höheren Gewalt sind demnach elementare Naturereignisse.

Demgegenüber versteht man nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter unabwendbarem Zufall:

"ein Ereignis, das nach den Umständen des Falles die äußerste, gerade dem Betreffenden gerechterweise zuzumutende Sorgfalt weder abwehren noch in seinen schädlichen Folgen verhindern konnte.¹⁾"

Demnach ist jeder Fall der höheren Gewalt immer ein unabwendbarer Zufall, dagegen nicht jeder Zufall ein Fall der höheren Gewalt, da der Zufall weder betriebsfremd noch außergewöhnlich sein muß.²⁾

Interessanterweise haben sich die Unternehmer mit der Übernahme der durch diese Definition umrissenen Fälle der Gefahrtragung nicht zufrieden gegeben. Um die Fälle der Gefahrtragung zu Lasten der Fälle, die man eventuell als Verschuldensfälle ansehen könnte, zu erweitern, und um Definitionsschwierigkeiten auszuweichen, haben sie, je nach Wirtschaftszweig verschieden, eine eigene, allgemein gehaltene Terminologie entwickelt.³⁾

Dazu werden je nach Art des Wirtschaftszweigs mehr oder weniger umfangreich Einzelbeispiele angeführt, zu denen auch die Begriffe höhere Gewalt und Zufall gehören.

Im folgenden sollen, geordnet nach den einzelnen Industriebereichen und nach der Häufigkeit ihres Gebrauchs, jeweils die innerhalb eines einzelnen Industriezweigs verschiedenen allgemeinen Regelungen und anschließend die in den Bedingungen und

1) Ingenstau-Korbion, S. 456
RG 159, 110

2) Ingenstau-Korbion, a.a.O.
HLN, Ez. 7.29, 7.33, 7.52
Dochnahl, S. 253

3) Siehe dazu bei Bobrowski, S. 97 und 183
Heidland, S. 78

Verträgen aufgeführten Einzelbeispiele der Gefahrtragung aufgezeigt werden. Dabei ist zu beachten, daß die Einzelbeispiele nur zum geringen Teil Ursachen für Untergang und Beschädigung des Werkes und damit für die Neuherstellung sein können. ¹⁾

A. Die Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie.

Insgesamt wurden 43 Liefer-, Einkaufs-, Inlands-, und Auslandsbedingungen untersucht.

Unabhängig von der gesetzlichen Regelung der Gefahrtragung bezeichnen als entlastend in der Leistungsgefahr die Formularbedingungen

1. in allgemeiner Regelung:

a. "unvorhergesehene Hindernisse, die außerhalb des Willens des Lieferers liegen" (40 Fb)

oder

b. "unvorhergesehene Ereignisse, die außerhalb des Machtkreises des Lieferers liegen" (1 Fb)

oder

c. "Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen vom Unternehmer nicht zu vertretende Umstände" (1 Fb)

oder

d. "Hindernisse, die außerhalb der vernunftmäßigen Kontrolle des Unternehmers liegen" (1 Fb)

mit den Erweiterungen:

"Gleichviel, ob im Werk des Unternehmers oder bei seinen Unterlieferern eingetreten" (20 Fb)

1) Die Zahlen in den Klammern zeigen, wie viele Formularbedingungen oder Verträge die jeweilige Formulierung gewählt haben.

"Sie sind auch dann nicht zu vertreten, wenn sie während eines bereits vorliegenden Verzugs entstehen". (15 Fb).

2. in kasuistischer Form:

- a) Betriebsstörungen (31 Fb)
- b) Ausschlußwerden, zum Teil spezifiziert wie z.B. Fehlguß (31 Fb)
- c) höhere Gewalt (22 Fb)
- d) Verzögerung in Anlieferung von Roh- und Baustoffen (21 Fb)
- e) Verzögerung bei Beförderung, z.B. nicht gestellter, beantragter Wagen (13 Fb)
- f) Mobilmachung (11 Fb)
- g) Krieg (11 Fb)
- h) unverschuldete Verzögerung in der Fertigstellung von Lieferteilen, zum Teil muß es sich um wesentliche Lieferteile handeln (9 Fb)
- i) Streik (9 Fb)
- j) Aussperrung (8 Fb)
- k) Aufruhr (7 Fb)
- l) behördliche Genehmigungen (4 Fb)
- m) Genehmigungen Dritter (4 Fb)
- n) politischer Ausnahmezustand (3 Fb)
- o) Ausstände (3 Fb)
- p) Mangel an Arbeitskräften, zum Teil auf Facharbeiter begrenzt (3 Fb)
- q) Maschinenschäden (1 Fb)
- r) behördliche Maßnahmen (1 Fb)
- s) Arbeitsstreitigkeiten (1 Fb)
- t) schlechtes Wetter (1 Fb)
- u) Mangel an ordentlichen Zufuhrwegen (1 Fb)
- v) Brandstörungen (1 Fb)

Einen Einblick in die internationale Rechtspraxis der Eisen verarbeitenden Industrie erhält man durch einen Vergleich mit den

"Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen, veranlaßt und empfohlen von der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen" vom März 1953.

Bemerkenswerter Weise unterscheiden sich diese ECE-Bedingungen gegenüber den untersuchten nationalen Bedingungen in der Lösung der hier interessierenden Fragen kaum.

Es ist zu unterscheiden, ob es sich um die Lieferbedingungen West oder Ost der Vereinten Nationen handelt.

1. Die Lieferungsbedingungen West (Artikel 10 Ziff. 1)

"Folgende Umstände gelten als Entlastungsgründe, falls sie nach Abschluß des Vertrages eintreten und seiner Erfüllung im Wege stehen. Arbeitskonflikte und alle vom Parteiwillen unabhängigen Umstände, wie z.B. Brand, Mobilisierung, Beschlagnahme, Embargo, Verbot der Devisentransferierung, Aufstand, Fehlen von Transportmitteln, allgemeiner Mangel an Versorgungsgütern, Einschränkungen des Energieverbrauchs."

2. Die Lieferungsbedingungen Ost (Artikel 10 Ziff. 1)

"Alle vom Parteiwillen unabhängigen Umstände, die nach Abschluß des Vertrages eintreten und seiner normalen Erfüllung im Wege stehen, gelten als Entlastungsgründe.

Vom Parteiwillen unabhängig im Sinne dieser Bestimmung sind die Umstände, die nicht auf einem Verschulden der Partei beruhen, die sich auf sie beruft."

B. Die Vertragsbestimmungen des Schiffbaues.

1. Drei Verträge wurden untersucht. Die Generalformeln in diesen 3 Verträgen lauten:

a. Bei Umständen, die die Werft nicht zu vertreten hat, gleich, ob diese Umstände bei dem Unternehmer oder den Unterlieferanten eingetreten sind (1 Vertrag)

oder

b. Bei Umständen, die außerhalb der Macht der Werft lie

gen und die damit nicht von ihr zu vertreten sind
(1 Vertrag)

oder

c. Bei Umständen, die von der Werft nicht zu vertreten
sind (1 Vertrag).

2. Die Beispiele im einzelnen:

- a) Streik (3 Verträge)
- b) Ausschlußwerden größerer Gußstücke und Schmißdteile
(3 Verträge)
- c) Krieg (2 Verträge)
- d) Mangel an Arbeitskräften (2 Verträge)
- e) Störungen und Unterbrechungen in der Versorgung mit
Energie und Roh- und Hilfsstoffen (2 Verträge)
- f) Auflagen von Behörden (2 Verträge)
- g) Anordnungen der Besatzungsmacht oder anderer behörd-
licher Stellen (gedacht ist hier an die Bundeswehr)
andere Arbeiten bevorzugt zu behandeln (2 Verträge)
- h) Havarien (2 Verträge)
- i) Außergewöhnliche Wetterbehinderung, z.B. Frost unter
- 5° C (2 Verträge)
- k) höhere Gewalt (1 Vertrag)
- l) Auffuhr (1 Vertrag)
- m) Innere Unruhen (1 Vertrag)
- n) Sabotage (1 Vertrag)
- o) Verkürzung der tariflichen 48-Stunden-Woche (1 Vertrag)
- p) Tarifbruch (1 Vertrag)
- q) Arbeitsniederlegung (1 Vertrag)
- r) Aussperrung (1 Vertrag)
- s) Ausfall wesentlicher Hilfsbetriebe, Fabrikationsanlagen,
Transport- und Arbeitsgeräte (1 Vertrag)
- t) Transporthindernisse (1 Vertrag)
- u) verspätete Lieferung des Walzmaterials (1 Vertrag)
- v) verspätete Lieferung der Haupt- und Hilfsmaschinen
(1 Vertrag)

- w) verspätete Lieferung der Ausrüstungsgegenstände für Schiff und Maschine (1 Vertrag)
- x) Anordnungen und Eingriffe des Gesetzgebers (1 Vertrag)
- y) Brand (1 Vertrag).

C. Die Regelung im Baugewerbe.

Die frei gestalteten Bauverträge halten sich hier meist an die VOB, sodaß im gesamten Baugewerbe deren Bestimmung, § 7 Ziff. 1, Anwendung findet:

"Wird die Bauleistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört ..."

Nachdem die Ursachen aufgezeigt wurden, für die Fälle der Gefahrtragung in Betracht kommen, soll nun geprüft werden,

1. welche speziellen Voraussetzungen von den einzelnen Industriebranchen für den Fall der Gefahrtragung verlangt werden

und

2. ob diese zu einer Verpflichtung und Berechtigung des Unternehmers zur Neuherstellung führen.

§ 4

DER ANSPRUCH AUF NEUHERSTELLUNG BEI UNTER-
GANG UND BESCHÄDIGUNG DES WERKES

I. Die Eisen verarbeitende Industrie

A. Vorbemerkung

Wie im täglichen Leben allgemein die Individualverträge immer seltener werden, so insbesondere heute in der Eisen verarbeitenden Industrie. ¹⁾

Der zwischen Unternehmer und Besteller frei ausgehandelte Vertrag bildet die Ausnahme. In der Regel werden vom Unternehmer aufgestellte Formularbedingungen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", "Vertragsbedingungen" oder "Vertrags- und Zahlungsbedingungen" genannt, Vertragsinhalt. Auf die zahlreichen Gründe, die zur Schaffung eines "eigenen Rechts" insbesondere der Maschinenindustrie führten, und die allgemeinen Folgen, die sich hieraus ergeben, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. ²⁾

-
- 1) Bobrowski, S. 11
Raiser, S. 29
Siegfried, S. 12
Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, S. 2224
- 2) Siehe darüber insbesondere:
von Brunn, S. 18, 30, 31, 35, 45, 137
Esser, § 12, 2
Fischer, S. 481, Sp. 2; S. 482 Sp. 1
Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, S. 2224
Müller-Eisert, E VII
Nastelski, S. 213, Sp. 1
Raiser, S. 15 und 16

Nach der heute üblichen Definition sind Formularbedingungen Bestimmungen, die geeignet sind, Bestandteil vieler zukünftiger Verträge zu werden.¹⁾

Die Verträge, die den Liefergeschäften der Eisen verarbeitenden Industrie zugrunde liegen, sind in der Qualifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches nach ihrer Häufigkeit Kaufverträge, Werklieferungsverträge über vertretbare Sachen, Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen und Werkverträge. Eine Unterscheidung zwischen diesen Vertragstypen wird in den Formularbedingungen sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Folgen grundsätzlich nicht gemacht, gleich, ob die einzelne Formularbedingung von "Lieferer", "Besteller", "Verkäufer", "Käufer" oder "Unternehmer" spricht.²⁾

Zu den folgenden Untersuchungen mußten alle Formularbedingungen ausgeschieden werden, die von Unternehmern aufgestellt wurden, deren Betriebe sich ausschließlich mit Massenproduktion beschäftigen, da insoweit ein Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen diesen Formularbedingungen nicht zugrunde liegen wird.

Übrig blieben deshalb nur die Formularbedingungen der Unternehmer, deren Betriebe entweder nur oder auch Spezialanfertigungen ausführen. Davon wurden insgesamt 43 Formularbedingungen untersucht.

Diese gliedern sich auf in:

31 Lieferbedingungen

Sie gelten grundsätzlich nur für das Inlandsgeschäft.³⁾

Sie sind aufgestellt von einzelnen Unternehmern oder als Vorschläge akzeptiert von verschiedenen Verbänden, z.B. von dem VDMA.⁴⁾

1) Hamelbeck, S. 5

2) Bobrowski, S. 9 f., S. 151
Götz, S. 55 f. (56)
Oertmann, S. 774

3) Bobrowski, S. 9

4) VDMA = Verband Deutscher Maschinenbauanstalten, größter Verband dieser Art, dem über 3.000 Firmen des Maschinenbaus angehören.

3 Auslandsbedingungen

Nur einige Großbetriebe haben eigene Auslandsbedingungen. Sie weisen bei den hier interessierenden Fragen gegenüber den Lieferbedingungen keine Abweichungen auf.

9 Einkaufsbedingungen.

Auf sie wird immer besonders einzugehen sein.

Soweit im folgenden nicht ausdrücklich auf etwas anderes verwiesen wird, sind immer Lieferbedingungen gemeint.

Das Produktionsprogramm der Unternehmer, die diese Formularbedingungen haben, umfaßt insbesondere die Neuproduktion von Maschinen und maschinellen Anlagen aller Art, wie z.B. Werkzeugmaschinen, Hebezeuge, Fördermittel, Getriebe und Antriebselemente, Kesselanlagen, Druck- und Papierherstellungsmaschinen, Holzbearbeitungsmaschinen, Pressen, Walzwerke, Luftdruckgeräte, Pumpen, Mischer sowie Koch- und climatechnische Anlagen.

Die Formularbedingungen werden im allgemeinen nur bei Lieferung fabrikneuer Gegenstände zur Anwendung gebracht.¹⁾ Für Reparaturen gelten entweder ausdrückliche Bestimmungen in diesen Formularbedingungen oder eigens aufgestellte Reparaturbedingungen.²⁾

Ob und unter welchen Voraussetzungen Unternehmer und Besteller bei Untergang und Beschädigung des Werkes grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben

1) Bobrowski, S. 9

2) siehe S. 121 f.

ergibt sich aus den Regelungen der Formularbedingungen unter "Lieferzeit" und "Recht des Lieferers auf Rücktritt".

B. Die Regelung unter Lieferfrist

34 Formularbedingungen untersucht.

33 Formularbedingungen verwenden, in Wortlaut und Zahl der angeführten Beispiele variierend, inhaltlich dieselbe Formel.

1 Formularbedingung lehnt grundsätzlich die Bindung an eine Lieferfrist überhaupt ab.

Die Normalformel lautet ¹⁾:

"Die Lieferzeit verlängert sich angemessen beim Eintritt unvorhergesehener Hindernisse, die außerhalb des Willens des Lieferers liegen - gleichviel, ob im Werk des Lieferers oder bei seinen Unterlieferanten eingetreten - z.B. Betriebsstörung, Ausschußwerden, Verzögerung in der Anlieferung wesentlicher Roh- und Baustoffe, soweit solche Hindernisse nachweislich auf die Fertigstellung und Ablieferung des Liefergegenstands von erheblichem Einfluß sind. Die vorbezeichneten Umstände sind auch dann vom Lieferer nicht zu vertreten, wenn sie während eines bereits vorliegenden Verzugs entstehen. Beginn und Ende derartiger Hindernisse wird in wichtigen Fällen der Lieferer dem Besteller baldmöglichst mitteilen. 2)"

1) Normalformel sei die Bezeichnung für die Klausel, die in der jeweiligen Branche überwiegend angewandt wird.

2) Zu dieser Formel siehe auch Bobrowski, S. 97 und 183

Mit der Generalklausel "unvorhergesehene Hindernisse, die außerhalb des Willens des Lieferers liegen" ist sowohl an die Fälle gedacht, die von außen auf das Unternehmen einwirken und Ablieferung bezw. Fertigstellung des Werkes meist nur mittelbar betreffen, wie z.B. behördliche Maßnahmen, Krieg, Aufruhr usw., als auch an die Hindernisse, die unmittelbar auf das Werk einwirken oder einwirken können, z.B. Fälle der höheren Gewalt.

Mit dieser Regelung wird dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben, das untergegangene oder mangelhaft gewordene Werk bei angemessener Verlängerung der Lieferzeit noch einmal herzustellen. Aus dieser Formel folgt bereits, daß die Neuherstellung Recht des Unternehmers ist.

Unter welcher Einschränkung und inwieweit die Neuherstellung seine Pflicht ist, ergibt sich erst bei Berücksichtigung der Regelung unter Rücktritt.

C. Recht des Lieferers auf Rücktritt.

34 Formularbedingungen untersucht.

20 Formularbedingungen verwenden inhaltlich dieselbe Formel, Normalformel

2 Formularbedingungen haben eine abweichende Regelung getroffen.

12 Formularbedingungen enthalten keine Bestimmung.

Die Normalformel lautet:

"Für den Fall unvorhergesehener Ereignisse im Sinne des Abschnitts über die Lieferfrist der Lieferbedingungen, sofern sie die wirtschaftliche

deutung oder den Inhalt der Leistung erheblich verändern oder auf den Betrieb des Lieferers erheblich einwirken, und für den Fall nachträglich sich herausstellender Unmöglichkeit der Ausführung, steht dem Lieferer das Recht zu, ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten. Schadensersatzansprüche des Bestellers wegen eines solchen Rücktritts bestehen nicht. Will der Lieferer vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen, so hat er dies nach Erkenntnis der Tragweite des Ereignisses unverzüglich dem Besteller mitzuteilen, und zwar auch dann, wenn zunächst mit dem Besteller eine Verlängerung der Lieferfrist vereinbart war."

Sinn dieser Regelung ist es, den Unternehmer in den Fällen, in denen er das Recht hat, das Werk bei Erweiterung der Lieferfrist zu Ende zu führen, unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit zu geben, statt dessen vom Vertrag zurückzutreten.

Bestimmend für die Voraussetzungen der Ausübung des Rücktritts war der Gedanke der *clausula rebus sic stantibus*, wie der der Zumutbarkeit. Es ist unterschiedlich, ob das unvorhergesehene Ereignis in seinen Auswirkungen Untergang oder Beschädigung des Werkes subjektiv - auf die Beziehungen der Vertragspartei - oder objektiv - auf den Betrieb des Unternehmers - Einfluß genommen hat.

1. Veränderung der wirtschaftlichen Bedeutung oder des Inhalts der Leistung.

Abzustellen ist sowohl auf die allgemeine, als auch auf die besondere wirtschaftliche Bedeutung der Leistung für das Unternehmen. So bestimmen verschiedene Lieferbedingungen

"... wenn seit Auftragserteilung die wirtschaftlichen Verhältnisse sich so verändert haben, daß dem Lieferer die Erfüllung billigerweise nicht zugemutet werden kann."

oder

"bei grundlegender Änderung der besonderen oder allgemeinen Verhältnisse nach Vertragsabschluß ist der Lieferer zum Rücktritt vom Verträge berechtigt."

So würde z.B. ein unvorhergesehenes Ereignis, das eine Neuherstellung notwendig macht, dann zu einer erheblichen Veränderung der wirtschaftlichen Bedeutung der Leistung führen, wenn das neu zu beschaffende Material nur zum x-fachen Preis des herzustellenden Werkes aufgrund einer allgemeinen Veränderung der Wirtschaftsstruktur zu beschaffen wäre.

2. Erhebliche Einwirkung auf den Betrieb des Unternehmers.

Zur Wirkung der Ereignisse auf den Betrieb bestimmen die meisten Formularbedingungen, daß sie erheblich einwirken, oder gar zur Einstellung des Betriebes führen müssen.

Als Ergebnis der Auslegung der Normalformel kann festgehalten werden:

Liegen nur die Voraussetzungen über die Verlängerung der Lieferfrist vor, ist die Neuherstellung Recht des Unternehmers und des Bestellers.

Liegen sowohl die Voraussetzungen für die Verlängerung der Lieferfrist als auch die verschärften Voraussetzungen für den Rücktritt vor, hat der Unternehmer bei Untergang oder Beschädigung des Werkes das Recht zu wählen, ob er am Verträge festhalten und unter Umständen neu herstellen, oder zurücktreten will.

Der Besteller hat bei dieser Situation keinen Anspruch auf Neuherstellung. Erst wenn der Unternehmer sich weigert, zurückzutreten, und nur noch die Alternative "Neue Leistung bei verlängerter Lieferfrist" läßt, hat auch der Besteller in diesem Falle einen Anspruch auf Neuherstellung.

D. Die abweichende Regelung von 2 Lieferbedingungen.

1. "Die Einhaltung der Lieferzeiten entfällt stets, auch bei ausnahmsweise verbindlichen Angaben, wenn die Ausführung des Auftrags durch Mobilmachung, Krieg, Aufruhr oder sonstige Fälle von höherer Gewalt oder durch andere Störungen im Betrieb, Wagenmangel, Fehlguß, verspätete Lieferung von Materialien und dergl. beeinträchtigt wird. Sofern die Störungen nicht lediglich in Wagenmangel, Fehlguß oder verspäteter Materiallieferung bestehen, behalte ich mir das Recht vor, vom Vertrag zurückzutreten."
2. "Betriebsstörungen jeder Art, Maschinenschäden, Rohstoff- oder Brennstoffmangel, Mangel von Arbeitskräften, Nichtgestellung beantragter Wagen, Brandstörungen, überhaupt alle Fälle höherer Gewalt berechtigen uns, nach unserer Wahl entweder zur Nachholung der Lieferung nach Behebung des Ereignisses oder zum vollen oder teilweisen Rücktritt vom Vertrag. Wir haben das Wahlrecht binnen 8 Tagen nach entsprechender Anfrage des Käufers auszuüben. Andernfalls bleibt die Lieferungsspflicht bestehen."

Bei der Lieferungsbedingung unter 1) ist nach der Natur des Ereignisses und nicht nach dessen Einwirkung auf die Leistung oder den Betrieb unterschieden, ob der Unternehmer ein Recht zum Rücktritt hat oder nicht.

Bei der Lieferungsbedingungen unter 2) ist die Natur des Ereignisses und seine Einwirkung auf die Leistung oder auf den Betrieb gleichgültig. Der Unternehmer hat hier ein Wahlrecht ohne die Einschränkung wie bei der Lieferungsbedingung unter 1).

Für die Formularbedingungen, die eine Regelung nicht getroffen haben, gilt bei Untergang oder Beschädigung des Werkes das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, nach dem nach überwiegender Ansicht Unternehmer und Besteller grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben.

E. Einkaufsbedingungen.

Die Einkaufsbedingungen treffen für den Fall des Untergangs oder der Beschädigung des Werkes entweder gar keine oder nur eine sehr knappe Regelung:

"Nur Verzögerungen durch höhere Gewalt verlängern die Lieferfrist für die nachgewiesene Dauer."

Damit ist gesagt, daß der Besteller grundsätzlich auf Neuherstellung besteht und unter Umständen auch eine Neuherstellung in Kauf nehmen muß.

F. Ergebnis.

Nach den Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie ist der Unternehmer bei Untergang oder Beschädigung des Werkes grundsätzlich zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet.

Eine Verpflichtung besteht jedoch dann nicht, wenn

entweder 1. die Auswirkungen der Beeinträchtigung des Werkes zu einer Veränderung a) der wirtschaftlichen Bedeutung oder b) des Inhalts der Leistung führen

oder

2. die Auswirkungen der Beeinträchtigung von erheblicher Einwirkung auf den Betrieb des Unternehmers sind

oder

3. die Art des Ereignisses, das zum Untergang oder zur Beschädigung des Werkes führt, eine ganz bestimmte ist.

II. Der Schiffbau

Bei der Eigenart der Produktion im Schiffbau gibt es noch keine Lieferbedingungen, wenngleich die Rationalisierung der Werften durch Auflage von Serien und damit die Möglichkeit der Veräußerung aufgrund von Formularbedingungen Notwendigkeit des zukünftigen Schiffbaues sein mag.¹⁾ Vertragsvordrucke sind wenig gebräuchlich und haben meist nur den Zweck einer Verhandlungsgrundlage. Jeder Schiffbauvertrag wird neu vereinbart. Die wichtigsten Bestimmungen über Gefahrtragung und Gewährleistung bzw. Erfüllungspflicht liegen jedoch fest. Insoweit ist es gerechtfertigt, von einem eigenen Recht im Schiffbau zu sprechen.

Untersucht wurden 4 Schiffbauverträge:

Verträge der Howaldwerft, Stülckenwerft, Deutsche Werft und einer mittelgroßen Werft.

Es sind Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen. Liefergegenstand ist ein aus neuem Material hergestelltes Schiff, das sich zusammensetzt aus:

1. Schiffskörper
2. Maschinen- und Kessel-Anlagen
3. Ausrüstung (Einrichtung)

Ob der Unternehmer im Schiffbau zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet ist, richtet sich nach dem Grad der Zerstörung des Werkes. Diese folgt aus der dem Schiffbau eigenartigen Koppelung der Vorschriften über die Preis- und Leistungsgefahr mit denen über die Versicherung des Baurisikos des Schiffes. Die Regelung ist sinngemäß in allen Schiffbauverträgen dieselbe:

1) Görtz, a.a.O., Sp. 1

Auskunft des Verbandes Deutscher Schiffswerften e.V.

1. "Eine Preis minderung soll nicht in Anwendung kommen, wenn die Verzögerung in der Lieferzeit nachweislich auf höhere Gewalt oder Umstände, die die Werft nicht zu vertreten hat, zurückzuführen ist. In diesem Fall verzögert sich jedoch die Lieferung lediglich um die Zeit, die zur Beseitigung der Behinderung notwendig ist."
2. "Versicherung:
Die Werft versichert das Baurisiko des Schiffes (See- Feuer- und Sabotageschäden) einschließlich des Risikos beim Stapellauf und der Probefahrt bei erstklassigen Deutschen Versicherungsgesellschaften entsprechend den Klauseln für Baurisiken, herausgegeben vom Verein Hamburger Assekuradeure, in der bei Vertragsabschluß gültigen Fassung, bis zur endgültigen Abnahme des Schiffes durch den Reeder.
Die Prämienzahlung erfolgt durch die Werft. Im Falle eines Totalverlustes wird dem Reeder die Versicherungssumme in Höhe der vom Reeder geleisteten Anzahlungen ausgezahlt. Der Restbetrag steht der Werft zu.
Teilschäden, die von der Werft oder für Rechnung der Werft beseitigt werden, werden unmittelbar zwischen Werft und Versicherung abgerechnet. Die Vergütung durch die Versicherung geschieht in diesem Fall unmittelbar an die Werft."

Aus dieser Regelung ergibt sich:

Bei Beschädigung des Schiffes ist die Werft zur Beseitigung ermächtigt und verpflichtet.

Erleidet das Schiff einen Totalschaden, ist zu unterscheiden:

Ist der Untergang des Schiffes durch die Versicherung gedeckt, erhält der Besteller die geleisteten Anzahlungen zurück. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß an eine Weiterarbeit nicht gedacht ist, da sonst die Bestimmung über die Auszahlung der Beiträge nicht sinnvoll wäre. Neuherstellungsansprüche können demnach von keiner Seite mehr gestellt werden.

Ist der Schadensfall durch die Versicherung nicht gedeckt, wäre die Werft zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet, da eine Regelung über die Beendigung der vertraglichen Beziehungen hier nicht vorgesehen ist und die Werft nach allgemeinen Grundsätzen zur Erfüllung verpflichtet bleibt.

Ergebnis:

Im Schiffbau ist der Unternehmer bei Beschädigung oder Untergang des Werkes zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet. Er ist es nicht im Falle des Totalschadens, sofern dieser ein Versicherungsfall ist.

III. Baugewerbe

A. Vorbemerkung

Im Baugewerbe werden Verträge zur Neukonstruktion oder Reparatur aufgrund eines Werk- oder Werklieferungsvertrags über nicht vertretbare Sachen abgeschlossen. Gegenstand einer Neukonstruktion können nach Art der Verwendung sein:

private Wohnbauten, technische Bauwerke wie z.B. Wehrverschlüsse, Pumpen, Brücken, militärische Anlagen, Abschußrampen, Kasernen usw.

Alle Neukonstruktionen werden in der Praxis ausgeführt nach dem BGB, der VOB, aufgrund eines frei ausgehandelten Vertrages oder nach den Formularbedingungen der Unternehmer der Eisen verarbeitenden Industrie.

Meistens wird im Baugewerbe die VOB insgesamt oder im wesentlichen zum Bestandteil des Vertrages gemacht.

Die Dienststellen der öffentlichen Hand sind als Bauherren durch Dienstvorschrift gehalten, die VOB anzu-

wenden. 1)

Ihnen gegenüber vermag daher der Unternehmer seine Formularbedingungen meist nicht durchzusetzen, 2) genau wie bei den Bauprojekten der Stationsierungsstreitkräfte und der Nato, deren Verträge sich, abgesehen insbesondere von der von ihnen meist vereinbarten 2 jährigen Verjährungsfrist, an die VOB halten. 3) Auch im privaten Bausektor findet die VOB meist Anwendung. 4)

Sie nimmt genau wie das BGB zur Neuherstellung expressis verbis nicht Stellung. Insoweit vermag sie ihre Bestimmung, Lücken im Gesetz zu schließen, entgegen der Annahme von Ingenstau-Korbion 5) nicht ganz zu erfüllen.

Sie ist weder Gesetz noch Rechtsordnung. Trotz ihres weiten Anwendungsbereichs kann sie weder als Gewohnheitsrecht bezeichnet, noch als Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB gelten. Sie muß daher von den Vertrags-

1) Siehe dazu die Erlasse und Empfehlungen der verschiedenen Behörden, zusammengestellt bei Ingenstau-Korbion, S. 18
vergl. ferner Weilbier, Hb., S. 12
Herold, S. 69, I
Uneingeschränkte Anwendung der VOB verlangt der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und der Hauptverband der Deutschen Industrie.

2) Bobrowski, S. 9

3) "Besondere Vertragsbedingungen für die Durchführung dollar-finanzierter Baumaßnahmen der US-amerikanischen Stationierungsstreitkräfte für die Deutsche Verwaltung, 1959.

4) Nicht zutreffend ist die Ansicht von Ingenstau-Korbion, S. 4, die VOB sei in der Praxis weitgehend unbekannt. Eher zuzutreffen scheint das Untersuchungsergebnis bei Riedel, Stüddinger, Vorbem. zu § 631, 20, (S. 1642), wonach die VOB mehr als drei Vierteln aller abgeschlossenen Bauverträge zugrunde gelegt wird.

5) S. 18

parteien vereinbart worden sein. ¹⁾ Sie schließt das Werkvertragsrecht des BGB nur da aus, wo sie abweichende Regelungen trifft. §§ 631 f. BGB finden daher grundsätzlich subsidiär Anwendung. Ihre Bestimmungen gelten nach Teil A 1 VOB für Neukonstruktionen und für Reparaturen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf Fälle der Neukonstruktion.

In den frei gestalteten Verträgen des Baugewerbes findet sich eine Regelung für die Fälle der Beschädigung oder des Untergangs des Werkes meist nicht. Wird darüber ausnahmsweise etwas ausgesagt, ist meist auf die Regelung der VOB verwiesen.

Die VOB unterscheidet für den Fall der Beschädigung oder Zerstörung des Werkes danach, ob die Ursache dem Gefahrenbereich des Unternehmers oder dem des Bestellers zuzurechnen ist. Je nachdem hat entweder der Unternehmer oder der Besteller die Preisgefahr zu tragen.

Fälle:

1. Das vollendete Haus wird vor Abnahme durch lang anhaltenden, starken Regen derart beschädigt, daß es abgerissen werden muß.
2. Unmittelbar vor Abnahme wird die Brücke durch Hochwasser weggeschwemmt.

Haben Unternehmer oder Besteller für die Kosten der erbrachten Bauleistungen aufzukommen?

Ist der Unternehmer in beiden Fällen zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet?

1) so Ingenstau-Korbion, S. 3 f.

Christoffel, S. 44 und 45 und die dort angeführten Unterscheidungen

HLN, Ez. O.2

Zu weit geht daher LG Düsseldorf, Urteil vom 16. VII. 1958, Sch.-F.E.Z. 2.0, Bl. 7

B. Der Besteller trägt die Preisgefahr.

An sich bekennt sich die VOB zu der grundsätzlichen Regelung des § 644 I 1 BGB,¹⁾ wonach der Unternehmer die Preisgefahr bis zur Abnahme des Werkes trägt, § 12 Ziff. 6 VOB:

"Mit der Abnahme geht die Preisgefahr auf den Auftragnehmer über, so weit er sie nicht schon nach § 7 trägt."

So scheinen Grundsatz, § 12 Ziff. 6 VOB, und Ausnahme, § 7 VOB, wie im BGB verteilt, d.h. in der Regel scheint der Unternehmer die Einwirkungen durch Zufall und höhere Gewalt zu tragen. Dem ist jedoch, wie sich aus den Ausnahmenvorschriften der VOB ersehen läßt, nicht so.

§ 7 Ziff. 1 VOB:

"Wird die Bauleistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare, vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Ziff. 5..."

§ 6 Ziff. 5 Abs. 1 VOB:

"Wird die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen, ohne daß die Leistung dauernd unmöglich wird, so sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und außerdem die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teiles der Leistung enthalten sind." 2)

1) Ingenstau-Korbion, S. 470

2) § 6 Ziff. 2 VOB ist unmittelbar hier nicht zu beachten, da diese Vorschrift nur Behinderung und Unterbrechung der Ausführung des Werkes durch nicht unmittelbaren Einfluß auf das Werk selbst regelt, z.B. Wetterlage, Lieferungsschwierigkeiten des Unternehmers, Unzuverlässigkeit des Baugrundes, der Gerüste usw.

siehe auch Ingenstau-Korbion, S. 451

Diese Regelung der VOB bedeutet praktisch, daß im Bau-
werke grundsätzlich der Besteller die Preisgefahr zu tragen
hat, und zwar schon sehr früh, nämlich vor Abnahme, vor
Übergabe und vor Vollendung des Werkes. ¹⁾
Demnach muß der Besteller im Falle 2 ²⁾ (höhere Gewalt) dem
Unternehmer die bis dahin geschuldete Vergütung erbringen,
ohne einen Leistungswert hierfür erhalten zu haben. ³⁾

Anlaß und Rechtfertigung für diese Regelung können in den
besonderen Verhältnissen des Baugewerbes gesehen werden.

Die Leistung wird nicht im geschlossenen Raum, sondern im
Freien erbracht und ist deshalb in großem Maße durch äußere
Einwirkungen gefährdet. Arbeitsplatz ist nicht die Werk-
statt des Unternehmers, die nur seinem Herrschaftsbereich
unterliegt, sondern der Bauplatz des Bestellers. ⁴⁾ Diese
Regelung der Preisgefahr ist naturgemäß von Einfluß auf die
Interessenlage von Unternehmer und Besteller bei der Gel-
tendmachung des Anspruchs auf Wiedervornahme der Bauleistung
Daß es sich dabei nicht um einen Anspruch auf Neuherstellung
handelt, wurde bereits ausgeführt. ⁵⁾ Besteller und Unterneh-
mer können grundsätzlich Wiederherstellung der Bauleistung

1) HLN, Ez. 7.14
Christoffel, S. 169
Herde, S. 54 und 53
Herold, S. 72

2) vergl. S. 54

3) Ingenstau-Korbion, S. 473

4) Ingenstau-Korbion, S. 472
Herde, S. 6

5) S. 18 f.

verlangen, wenn man beide nach und vor dem Schadensfall als an den Vertrag gebunden ansieht. Ist man dieser Ansicht, hat der Unternehmer grundsätzlich das Recht, auf Kosten des Bestellers noch einmal neu zu produzieren, der Besteller den Anspruch gegen den Unternehmer, bei erneuter Zahlung eine nochmalige Leistung zu verlangen.

Ist man dagegen der Auffassung, das gegenseitige Erbringen der Leistung sei, wenngleich ein beiderseitiger Leistungsaustausch nicht stattgefunden hat, als Erfüllung zu werten, und zieht man daraus die Konsequenz, daß das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller mit dem Schadensfall und Zahlung durch den Besteller erloschen sei, dann können beide auf Wiedervornahme der Bauleistung nicht bestehen. In diesem Fall wäre der an der Leistung Interessierte auf den Abschluß eines neuen Vertrag mit der Gegenseite angewiesen.

Die Meinungen hierzu gehen in der Literatur auseinander:

D o c h n a h l meint in seinen Ausführungen zur Gefährtragung nach römischem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche¹⁾:

"Nun aber hat sich der Besteller nach dem Vertrage nur zu einer einmaligen Lohnzahlung verpflichtet, hat er den Lohn (ohne einen Erfolg zu haben) bezahlen müssen, so ist er damit seiner Vertragspflicht ledig, und der Unternehmer kann nicht eine Neuausführung des Werkes, eine abermalige Vergütung von ihm verlangen. Ebenso wenig wie ein Herstellungsrecht hat der Unternehmer beim qualifizierten Zufall eine Wiederherstellungspflicht."

W e i l b i e r ²⁾ ist der Meinung, der Besteller müsse einen "neuen Auftrag" erteilen.

1) S. 283

2) Hb. S. 221

E p l i n i u s ¹⁾ will die Gebundenheit am Vertrage abhängig machen vom Grad der Zerstörung. Eine im wesentlichen vollständige Wiederholung der ausgeführten Gesamtleistung könne vom Besteller im Rahmen des einmal geschlossenen Vertrages nicht verlangt werden. Dem Unternehmer stehe ein Anspruch auf Wiederholung des zerstörten Teiles nie zu, weil er diesen Teil bereits ausgeführt und dafür auch seinen Vergütungsanspruch habe. Einleitend zu diesem Problem weist Eplinius allerdings darauf hin, daß die Frage der Gebundenheit wohl nicht einheitlich beantwortet werden kann.

H e r e t h - L u d w i g - N a s c h o l d ²⁾
sind der Ansicht, die Vertragsparteien seien nach wie vor an den Vertrag gebunden.

I n g e n s t a u - K o r b i o n ³⁾ meinen, ein Unterschied zu § 6 Ziff. 5 VOB liege darin,

"daß für die Neuerrichtung der beschädigten oder zerstörten Leistungsteile eine erneute Vergütung zu bezahlen ist, und zwar wiederum auf der Basis der Vertragspreise, falls eine anderweitige vertragliche Abmachung vor Beginn der Neuausführung oder Neuerrichtung nicht getroffen wird."

Den Auffassungen von Hereth-Ludwig-Naschold und Ingenstau-Korbion ist zuzustimmen. Schadensfälle vermögen grundsätzlich den Bestand eines Vertrages nicht zu berühren. Eine Erfüllung durch den Unternehmer zu fingieren, scheint nicht angebracht, da kein Anlaß zu einer solchen Fiktion besteht. Das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller besteht daher trotz

1) S. 130 f. (132)

2) Ez. 7.54 und Ez. 7.56

3) S. 473

Schadensfall weiter. Beide können grundsätzlich auf Erfüllung bestehen und damit unter Umständen Wiedervornahme der Bauleistung verlangen. Ob dies im Einzelfall die eine oder andere Partei tatsächlich fordern kann, ist eine andere Frage. ¹⁾

Nur wenn die Bauausführung auf nicht absehbare Zeit zum Stillstand kommt, haben Unternehmer und Besteller das Recht, den Vertrag zu kündigen. ²⁾

Ergebnis: Unternehmer und Besteller können bei Beschädigung oder Untergang des Werkes, wenn der Besteller die Preisgefahr trägt, grundsätzlich Wiedererrichtung der Bauleistung verlangen.

C. Der Unternehmer trägt die Preisgefahr.

Dem Gefahrenbereich des Unternehmers wird im Baugewerbe z.B. der Fall zugerechnet, bei dem das Bauwerk durch normalerweise zu erwartende Witterungseinflüsse beschädigt oder zerstört wird, Fall 1. ³⁾

In diesem Falle hat der Unternehmer den Schaden selbst zu tragen.

Hier handelt es sich um ein Problem der Neuherstellung. Es ist nicht anders gelöst, als es heute bei dem gleichen Fall unter Zugrundelegung des BGB nach allgemeinen Erfüllungsgrundsätzen behandelt wird.

Dazu führen Hereth-Ludwig-Naschold aus ⁴⁾:

1) vergl. hierzu bei HLN, Ez. 7.57 und Ez. 7.58

2) Herde, S. 61

3) S. 54
Ingenstau-Korbion, S. 472
HLN, Ez. 7.52 und Ez. 7.33
Herde, S. 60

4) Ez. 7.55
Christoffel, S. 168

"Weigert sich der Auftragnehmer, die Arbeit nach der Beschädigung oder Zerstörung wieder aufzunehmen, weil er keinen Vergütungsanspruch für die nutzlos erbrachten Leistungen hat, so kann der Auftraggeber von den Rechtsbehelfen der VOB § 5 Ziff. 3 und 4 und § 8 Ziff. 3 Gebrauch machen. Der Auftragnehmer kann gegebenenfalls die Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 Ziff. 1 - 4 verlangen. Falls der Auftragnehmer ungeachtet seiner **L e i s t u n g s - p f l i c h t** die weitere Ausführung der Bauleistung ablehnt, hat er dem Auftraggeber nach § 8 Ziff. 3 auch die von diesem geleisteten Abschlagszahlungen zurückzuerstatten."

Ergebnis:

Im Baugewerbe ist bei Untergang oder Beschädigung des Werkes zu unterscheiden, ob der Besteller oder der Unternehmer die Preisgefahr trägt.

Geht die Preisgefahr zu Lasten des Bestellers, existiert kein Problem der Neuherstellung; die Parteien können grundsätzlich Wiedervornahme der Bauleistung verlangen.

Trägt der Unternehmer die Preisgefahr, hat bei Untergang oder Beschädigung des Werkes Besteller und Unternehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung.

Zusammenfassung:

Die Untersuchungen des Rechtsgebrauchs der Eisen verarbeitenden Industrie, des Schiffbaues und des Baugewerbes haben ergeben, daß die Praxis bei Untergang und Beschädigung des Werkes wie die Literatur und Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht des BGB an dem Grundsatz der Vertragserfüllungspflicht festhält. Unternehmer und Besteller steht grundsätzlich ein Anspruch auf Neuherstellung zu.

Einschränkungen werden in der Eisen verarbeitenden Industrie hinsichtlich der Art und der Auswirkung,

im Schiffbau nur gegenüber der Auswirkung des Ereignisses gemacht, während das Baugewerbe solche speziellen Einschränkungen, abgesehen von der grundsätzlichen Unterscheidung der Fälle, in denen entweder der Besteller oder der Unternehmer die Preisgefahr trägt, nicht kennt.

3. KAPITEL

DAS NEUHERSTELLUNGSPROBLEM BEI MANGEL DES WERKES IN DER PRAXIS DER EISEN VERARBEITENDEN INDUSTRIE, DES SCHIFFBAUES UND DES BAUGEWERBES

§ 5

DIE GEWÄHRLEISTUNGSBEREICHE IN DER PRAXIS

In der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau sowie in einzelnen Fällen des Baugewerbes wird zwischen zwei Gewährleistungsbereichen unterschieden, für die der Unternehmer "garantiert".

Unter "Garantie"erklärungen des Unternehmers in den Formularbedingungen und Verträgen der Praxis ist grundsätzlich nur ein Einstehenwollen des Unternehmers für die bloße Vertragsmäßigkeit des Werkes und kein selbständiges Garantieverprechen für eine besondere Leistung zu verstehen.

Zu den "Garantie"klauseln der Formularbedingungen kann auf die zutreffenden Ausführungen von Götz und die dort angeführte Rechtsprechung und Literatur verwiesen werden. ¹⁾

1) Götz, S. 62 f. (64 und 65)

vergl. insbesondere das Urteil des Reichsgerichts vom 19. II. 1926 in JW 1926, S. 2526, Nr. 1:
"Bei einem selbständigen Garantievertrag muß der garantierte Erfolg ein anderer und weiterer sein als die bloße Vertragsmäßigkeit der Leistung" und Urteil des Reichsgerichts vom 28. IX. 1940 in RG 165, 41: In allen den Fällen ist ein selbständiges Garantieverprechen zu verneinen, in denen die Erreichung des versprochenen Leistungserfolgs "so gut wie ausschließlich von der Beschaffenheit der zu liefernden Maschine oder Anlage selbst" abhängt.
Zur "unselbständigen Garantie" im Baugewerbe vergl. Eplinius, S. 171

Der Unternehmer "garantiert" primär für die Fehlerfreiheit im Material, in der Ausführung und der Konstruktion des Werkes (Gewährleistungsbereich 1) und sekundär für Fehlerfreiheit in der zugesicherten Eigenschaft (Gewährleistungsbereich 2). ¹⁾

Eine vertraglich bindende Zusicherung dieser Art wird, wenn sie gegeben wird, meist für die Leistungsfähigkeit des Werkes gewährt. (Gewährleistungsbereich 2).

Darunter ist im Maschinenbau und Baugewerbe die allgemeine Leistungsfähigkeit einer maschinellen Anlage und ihr Energieverbrauch, im Schiffbau die Geschwindigkeit, Tragfähigkeit und der Energieverbrauch des Schiffes zu verstehen.

Darunter fällt z.B. nicht die "Leistungsfähigkeit" eines Werkteils, das, um möglichen Reibungs- und Temperatureinflüssen zu widerstehen, auch eine gewisse "Leistungsfähigkeit" haben muß. Diese steht jedoch nicht unter besonderer Garantie, sondern fällt unter die Gewährleistung für die Fehlerfreiheit im Material, der Ausführung oder Konstruktion.

Da die Praxis zwischen beiden Gewährleistungsbereichen hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen unterscheidet, ist der Anspruch auf Neuherstellung einmal bei einem Mangel im Werk und zum anderen bei einem Mangel in der Leistungsfähigkeit zu untersuchen.

Die folgenden Ausführungen können sich auf die heute am meisten unkämpfte und interessierende Frage zum Problem der Neuherstellung beschränken, ob dem Besteller und

1) Auf die Streitmeinung, was unter "zugesicherter Eigenschaft" zu verstehen ist, soll hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu HLN, EZ 4.62, 13.88 13.93 und 13.95 sowie die dort angegebene Literatur.

Unternehmer n a c h Abnahme noch ein Anspruch auf Neuherstellung zusteht, und zwar dann, wenn der Besteller bei der Abnahme keinen Vorbehalt wegen eines Mangels gemacht hat.

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk unter Vorbehalt ab, wird er mit einem Werk konfrontiert, das er an sich wegen seines Mangels nicht abnehmen würde, es aber trotzdem abnimmt, weil er es z.B. auch mit dem Mangel dringend braucht. Sinn des Vorbehaltes ist, die dem Besteller vor der Abnahme gewährten Rechte durch die Abnahme nicht einzuschränken. Der Vorbehalt hat die Wirkung, daß sich die Beweislast durch die Abnahme bezüglich des Mangels, wegen dem der Vorbehalt gemacht wurde, nicht zu Lasten des Bestellers verschiebt. Weitere Wirkungen hat der Vorbehalt nicht. Stellt sich daher nach der Abnahme heraus, daß der "Vorbehaltsmangel" nur durch Neuherstellung beseitigt werden kann, müssen dem Besteller bei gleicher Interessenlage wie beim Mangel vor Abnahme auch die gleichen Rechte zustehen. Vor Abnahme haben genau wie im Werkvertragsrecht des BGB, so auch in der Praxis Besteller und Unternehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung. Die Praxis hält an dem Grundsatz unbedingter Vertragserfüllungspflicht fest und gibt dem Besteller bei mangelhaftem Werk ein Abnahmeverweigerungsrecht bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Mangel beseitigt ist. Wie der Mangel beseitigt wird, ob durch Ausbesserung, Teilersatz oder durch Neuherstellung, ist, wie im Gesetz, nicht ausdrücklich gesagt; die Herstellung bleibt grundsätzlich dem Unternehmer überlassen.

Auf die Problematik, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen Fall die Vertragsparteien tatsächlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben, soll hier nicht eingegangen werden, da insoweit die Problematik vor und nach Abnahme die gleiche ist.

Ausreichend soll hier die Feststellung bleiben, daß bei einem Mangel des Werkes vor Abnahme der Unternehmer

nach den Formularbedingungen und Verträgen der Eisen verarbeitenden Industrie, des Schiffbaues und des Baugewerbes im Prinzip zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet ist.

§ 6

DER ANSPRUCH AUF NEUHERSTELLUNG BEI MANGEL IM WERK

I. Die Eisen verarbeitende Industrie

A. Die Ansprüche bei Mangel im Werk.

Das Werkvertragsrecht des BGB sieht als Ersatz für den Herstellungsanspruch vor: Wandlung, Minderung und eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung, §§ 634 f. BGB. Es handelt sich dabei um dispositives Recht. Die Praxis hat von der Möglichkeit der Abänderung der im BGB vorgesehenen Ansprüche Gebrauch gemacht. Die Formularbedingungen des Maschinenbaus kennen als Ersatz für den Herstellungsanspruch bei Mangel im Material, der Ausführung oder der Konstruktion meist nur das Rücktrittsrecht an.¹⁾ Wandlung, Minderung und Schadensersatz sind in der Regel, meist ausdrücklich, ausgeschlossen.²⁾ Die Gründe, warum sich die traditionellen Gewährlei-

1) siehe Anhang, VIII, 4

2) siehe Anhang, VIII, 5

stungsrechte in der Praxis nicht bewährt haben, sind mannigfaltig. Wandlung, Minderung und Schadensersatz werden entweder dem Unternehmer und Besteller oder einem von beiden nicht gerecht.¹⁾

Fest steht, daß die Praxis im besonderen Maße an dem Herstellungsanspruch festhält. Er ist bei Untergang, Beschädigung oder Mangel des Werkes die Möglichkeit des Interessen ausgleichs schlechthin. Für die Interessenlage bedeutet dies daß der Besteller, der die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs nicht hat, an der Neuherstellung besonders interessiert ist.

Unter Beachtung dieser Interessenlage ist es besonders interessant zu wissen, ob die Praxis den Vertragsparteien einen Anspruch auf Neuherstellung tatsächlich gibt.

Bevor der Umfang des Herstellungsanspruch untersucht werden soll, sind seine Voraussetzungen festzustellen, die nach dem gesamten Formularmaterial der Eisen verarbeitenden Industrie bei einem Mangel im Werk einheitlich sind.²⁾

1) Siehe darüber im einzelnen insbesondere:

Zur Wandlung: Götz, S. 23 f.
Siegfried, S. 18 f.
Bobrowski, S. 137 f. (138)

Zur Minderung: Götz, S. 23 f.
Siegfried, S. 20 f.
Köhler, S. 82

Zum Schadensersatz: Siegfried, S. 21
Köhler, S. 82

Allgemein zu dieser Frage siehe bei Götz, S. 70 f.

2) Siehe auch bei Götz, S. 93 f., der die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs vorwiegend nach den Formularbedingungen des reinen Kaufrechts zusammengestellt hat, die aber im wesentlichen auch für den Herstellungsanspruch gelten.

B. Die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs.

1. Zurückführung der Mangelhaftigkeit des Werkes auf insbesondere einen Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion ¹⁾.

Diese 3 Fälle werden von den meisten Lieferbedingungen als Beispiele aufgezählt. In manchen findet sich für Mängel im Material die Einschränkung:

"... für Materialmängel haftet der Lieferer nur insoweit, als er bei Anwendung fachmännischer Sorgfalt den Mangel hätte erkennen müssen." ²⁾

In allen Lieferungsbedingungen findet sich ergänzend zu dieser Regelung je nach Art des Liefergegenstands eine mehr oder weniger umfangreiche Aufzählung von Mangelentstehungs-Tatbeständen, für die der Unternehmer nicht eintritt. ³⁾

2. Wirkung des Mangels ⁴⁾

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Mangelbeseitigungsanspruchs ist in den meisten Lieferbedingungen, daß es sich um Mängel handelt, die Unbrauchbarkeit oder erhebliche Beeinträchtigung hervorrufen. Bei nur geringer Beeinträchtigung oder Schönheitsfehlern kommt daher ein Herstellungsanspruch, gleich in welcher Modalität, nicht in Betracht.

3. Zeitpunkt der Entstehung des Mangels ⁵⁾.

Der Mangel muß auf einen vor Gefahrübergang ⁶⁾ liegenden

1) Götz, S. 94

2) Aus einer Formularbedingung für die Lieferung von Werkzeugmaschinen

3) Siehe z.B. im Anhang: VII, 3
Weitere Beispiele bei Götz, S. 95

4) Götz, S. 94

5) Götz, S. 93 f.

6) Gemeint ist Übergang der Preisgefahr von Unternehmer auf Besteller.
Bobrowski, S. 104

Umstand zurückzuführen sein. Der Gefahrübergang bildet die "Zäsur zwischen Haftungs- und Nichthaftungsfällen." ¹⁾ Dieser Zeitpunkt ist in den einzelnen Lieferungsbedingungen verschieden geregelt. Meist geht die Gefahr mit der Absendung des Werkes auf den Besteller über, in besonderen Fällen auch am Tage der Versandbereitschaft, bei Mitteilung der Versandbereitschaft, bei Verlassen der Fabrik oder bei Übernahme des Werkes durch den Besteller.

In allen Lieferbedingungen trifft den Besteller die Beweislast dafür, daß ein Mangel gegeben ist, für den der Unternehmer nach den Lieferungsbedingungen einstehen muß.

4. Eigene Erzeugnisse des Unternehmers.

Der Herstellungsanspruch nach den Lieferbedingungen gilt meist nur für eigene Erzeugnisse des Unternehmers.

Bei Fremderzeugnissen bestimmen die Lieferbedingungen entweder, daß die in den Formularbedingungen der Zulieferanten für Mängel der Lieferung enthaltenen Bestimmungen gelten, oder daß der Unternehmer die Ansprüche gegen den Zulieferanten abtritt. In seltenen Fällen bestimmen die Formularbedingungen gar nichts.

Ob eine besondere Bestimmung für Fremderzeugnisse in den Lieferungsbedingungen eingebaut ist oder nicht, macht nur dann einen entscheidenden Unterschied, wenn der Zulieferant für den Besteller ungünstigere Lieferbedingungen hat als der Unternehmer. Hat er die allgemein üblichen, ändert sich im ersten Fall nichts, im zweiten Falle hat der Besteller die mögliche Unannehmlichkeit, sich mit einem neuen Schuldner auseinanderzusetzen zu müssen.

1) Götze, S. 93

C. Der Umfang des Herstellungsanspruchs nach den Lieferbedingungen.

1. Der Liefergegenstand setzt sich aus Teilen zusammen.

Untersuchtes Material: 31 Lieferbedingungen.

26 Lieferbedingungen verwenden im Prinzip eine Formel, Normalformel.

15 Lieferbedingungen treffen über die Ausführung des Herstellungsanspruchs die Bestimmung x,

11 Lieferbedingungen die Bestimmung y.

5 Lieferbedingungen haben besondere Regelungen, von denen 2 Typen unterschieden sind.

Die Haftung für Mängel der Lieferung ist in der Eisen verarbeitenden Industrie erstaunlicher Weise nahezu einheitlich geregelt.

Zunächst ist die Regelung der Normalformel zu untersuchen.

a) Die Normalformel:

"Für Mängel der Lieferung, zu denen auch das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften gehört, 1) haftet der Lieferer unter Ausschuß weiterer Ansprüche wie folgt: Alle diejenigen Teile sind unentgeltlich nach Wahl des Lieferers auszubessern oder neu zu liefern, die innerhalb von 6 Monaten (bei Mehrschichtenbetrieb innerhalb von 3 Monaten) seit Inbetriebnahme nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstands - insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung - unbrauchbar oder in ihrer Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt werden. Die Feststellung solcher Mängel ist dem Lieferer unverzüglich schriftlich zu melden. Ersetzte Teile werden Eigentum des Lieferers."

1) Mängel in der zugesicherten Eigenschaft bzw. in der Leistungsfähigkeit des Werkes sind unter § 7 gesondert behandelt, siehe S. 106 f.

aa) Der Umfang des Herstellungsanspruchs aus der Normalformel.

Ist mit der Formulierung "Alle diejenigen Teile sind auszubessern oder neu zu liefern" eine Begrenzung der Mangelbeseitigung auf den gelieferten Gegenstand gewollt?

Ist mit dieser Formulierung ausgeschlossen, daß ein mangelhafter Gegenstand von der ersten bis zur letzten Schraube durch einen vollkommen neuen ersetzt bzw. neu hergestellt wird?

In dem klaren Wortlaut der Normalformel heißt es, daß alle Teile eines Werkes, die mangelhaft in dem oben bezeichneten Sinne sind, ersetzt werden können. Ob der Unternehmer diese Teile auf Lager hat, oder ob er sie herstellen muß, ist gleichgültig. Eine Begrenzung auf die Zahl oder den Wert der zu ersetzenden Teile findet sich in keiner Lieferbedingung.

Da der Liefergegenstand aus mehreren, meist aus einer Unzahl einzelner Teile zusammengesetzt ist, man denke z.B. an klimatechnische Anlagen, Zementwerke, Walzwerke, Pressen, Dampfturbinen usw., ist es verständlich, daß die Lieferbedingungen nur von "Ersatz der Teile" und nicht von "Ersatz des gesamten Liefergegenstands" oder von "Neuherstellung" sprechen. Dies deshalb, weil meist nur einzelne Teile des Werkes mangelhaft sein werden. Sollten ausnahmsweise alle wesentlichen Teile oder sämtliche Teile mangelhaft sein, so kann nach dem Sinn und Wortlaut der Formel "Ersatz aller Teile", d.h. ein neues Werk verlangt werden. Daher erübrigt sich die ausdrückliche Betonung einer "Gesamt-Ersatzleistung" aus praktischen Gründen.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergibt sich aus weiteren Bestimmungen der Lieferbedingungen.

In den Klauseln über die Durchführung der Herstellung nach Abnahme spricht die eine Gruppen von Lieferbedingungen, Bestimmung x, ausdrücklich von Ausbesserungen und Ersatzlieferungen, und die andere Gruppe von Lieferbedingungen, Bestimmung y, von Lieferung von Ersatzteilen oder Ersatzmaschinen.

Die Bestimmungen x und y lauten:

a1) die Bestimmung x:

"Zur Vornahme aller dem Lieferer nach billigem Ermessen notwendig erscheinenden Ausbesserungen und Ersatzlieferungen hat der Besteller nach Verständigung mit dem Lieferer die erforderliche Zeit und Gelegenheit zu geben, sonst ist der Lieferer von der Mängelhaftung befreit."

a2) Die Bestimmung y:

"Zur Vornahme aller dem Lieferer notwendig erscheinenden Änderungen sowie zur Lieferung von Ersatzteilen oder Ersatzmaschinen hat der Besteller dem Lieferer die erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren und ihm auf Wunsch Hilfskräfte zur Verfügung zu stellen."

Die Bestimmung x spricht von "Ersatzlieferungen." Aus diesem Wortlaut lassen sich neue Gesichtspunkte nicht gewinnen, da darunter sowohl Teile als auch das gesamte Werk verstanden werden können.

Die Bestimmung y, die 11 Lieferbedingungen gewählt haben, spricht dagegen ausdrücklich von Lieferung von "Ersatzteilen oder Ersatzmaschinen".

Ist Vertragsgegenstand nur eine Maschine, dann folgt daraus, daß diese Lieferbedingungen expressis verbis die Möglichkeit einer Ersatzlieferung bzw. Neuherstellung geregelt wissen wollten. Einen anderen Sinn kann die Hervorhebung von Ersatzmaschinen gegenüber Ersatzlieferung nicht haben.

Ist eine Maschine nur ein Teil des Vertragsgegenstands, ist zu unterscheiden:

Ist diese einzelne Maschine teilabgenommen worden - und die Teilabnahme eines einzelnen Gegenstands eines Gesamtwerks wird in der Praxis nicht selten vorgenommen - so kann der Wortlaut wieder keinen anderen Schluß zulassen wie im ersten Fall der Bestimmung y.

Erfolgt die Abnahme der Maschine im Rahmen einer Gesamtabnahme, läßt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung über die Vornahme der Mängelbeseitigung zur Klärung, wie die Normalformel zu interpretieren ist, nichts entnehmen.

Aus dem Sinn und Wortlaut der Normalformel der Lieferbedingungen ist somit festzuhalten, daß Neuherstellung prinzipiell möglich ist.

- b) Kann die Neuherstellung sowohl Recht des Unternehmers als auch Anspruch des Bestellers sein?

Grundgedanke der Bestimmung über die Mängelbeseitigung ist, es dem Unternehmer zu überlassen, wie er den Mangel beseitigt. Das Wie der Fehlerbeseitigung soll der bestimmen, der sie vorzunehmen hat und der am besten weiß, wie sie vorzunehmen ist. ¹⁾

1. Unternehmer

Bei dem Wahlrecht in den Lieferbedingungen handelt es sich nicht um eine Wahlschuld nach § 262 BGB ²⁾. Sie ist begrifflich ausgeschlossen, da der Unternehmer nicht mehrere verschiedene, sondern nur eine Leistung, nämlich ein mangelhaftes Werk bzw. die Beseitigung des Mangels an diesem Werk schuldet. ³⁾ Es liegt auch kein Fall einer Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) vor. Der Unternehmer schuldet nicht zunächst eine Leistung, die der Besteller durch

1) Bobrowski, S. 153

2) Götz, S. 66, Anm. 40

3) Palandt-Danckelmann, § 262, 1

eine andere ersetzt verlangen kann, wie z.B. in § 249 Satz 2 BGB ¹⁾, sondern er schuldet bei Mangelhaftigkeit eines Werkes nur eine Leistung, ein einwandfreies Werk, durch Ausbesserung dieses Mangels oder durch Neuherstellung.

Das Wahlrecht in der Art der Herstellung ist in allen Lieferbedingungen dem Unternehmer und nicht dem Besteller gegeben. Der Unternehmer kann es grundsätzlich frei ausüben.²⁾ Nur in 3 von 31 Lieferbedingungen unterliegt die Wahl der Ausübung ausdrücklich billigem Ermessen.

Zu berücksichtigen ist, daß es sich in der Mehrzahl all der Fälle, in denen sich der Unternehmer die Ausübung seines Wahlrechts überlegt, um kleinere Mängel handelt, zu deren Beseitigung eine Neuherstellung überhaupt nicht notwendig sein wird. In diesen Fällen entscheidet sich der Unternehmer zwischen Ausbesserung und Teilersatz.

Liegen andererseits schwerwiegende Mängel vor, so ist sein Wahlrecht meist illusorisch, da die einzig mögliche Herstellung die Neuherstellung sein wird. Natürlich wird er auch hier zunächst versuchen, der Neuherstellung durch eine ihn unter Umständen weniger empfindlich treffende Ausbesserung oder durch einen Teilersatz zu entgehen.

Nach der Ausgestaltung des Wahlrechts in den Lieferbedingungen ist festzuhalten, daß der Unternehmer prinzipiell ein Recht auf Neuherstellung hat.

2. Der Besteller

Um die Frage zu beantworten, ob auch dem Besteller ein Anspruch auf Neuherstellung zusteht, sind folgende 2 Fälle zu unterscheiden:

- a 1) Die Mangelbeseitigung kann praktisch sowohl durch Ausbesserung als durch Neuherstellung vorgenommen werden.

1) Palandt-Danckelmann, § 262, 3 c

2) Bobrowski, S. 153

Praktisch wird der Unternehmer zunächst die Möglichkeit einer Mangelbeseitigung durch Ausbesserung oder Teiler-satz prüfen. Sie ist der Weg der Herstellung, der in der Regel den Unternehmer am wenigsten belastet, da das einmal hergestellte Werk schließlich doch seiner Bestimmung zugeführt wird, wenn auch unter erhöhtem Zeit- und Arbeitsaufwand.

Bei einem Ersatz von wesentlichen Teilen oder allen Teilen bleibt der Unternehmer auf dem möglicherweise nie mehr verwertbaren mangelhaften Werk sitzen und ist zur Neuherstellung verpflichtet.

Wird der Unternehmer sein Wahlrecht immer so ausüben, wie es für ihn am günstigsten ist, ¹⁾ so sind doch Fälle denkbar, in denen er sein Wahlrecht einschränken muß, um Fälle der Willkür auszuschließen. Ist z.B. der Mangel eines Werkes so beschaffen, daß seine Beseitigung durch Ausbesserung oder Neuherstellung den Unternehmer nur geringfügig wirtschaftlich unterschiedlich belastet, würde er für eine Ausbesserung jedoch 3 mal soviel Zeit wie für eine Neuherstellung oder umgekehrt benötigen, und ist der Besteller an einer schnellen Lieferung interessiert, so ist der Unternehmer, nach dem den Vertrag beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, verpflichtet, diejenige Art der Mangelbeseitigung zu wählen, die den Besteller am wenigsten behindert. In diesem Falle hat der Unternehmer kein Wahlrecht mehr. Insofern ist er nicht frei. Insoweit ist es unter Umständen möglich, daß in diesem Falle der Besteller einen Anspruch auf Neuherstellung hat.

a2) Die Mangelbeseitigung kann praktisch nur durch Neuherstellung ausgeführt werden.

Zum Beispiel: die Ausbesserung ist technisch unmöglich,

1) Heidland, S. 45

sie erweist sich als erfolglos ¹⁾, sie ist teurer als Neuherstellung, sie ist zeitlich untragbar, der Unternehmer weigert sich ohne Angabe von Gründen, Ausbesserung vorzunehmen.

Bei Fortfall der Möglichkeit der Mängelbeseitigung durch Ausbesserung kann unter Umständen nur noch Neuherstellung als Mittel der Herstellung übrig bleiben.

In diesen Fällen kann der Besteller grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben.

Somit ist nach der Normalformel unter bestimmten Voraussetzungen dem Unternehmer und dem Besteller ein Anspruch auf Neuherstellung zuzuerkennen.

b. Abweichende Formeln

Zum Abschluß sei noch auf die 2 Typen der 5 von der Normalformel abweichenden Regelungen hingewiesen.

Typ 1:

"Der Unternehmer ist verpflichtet, alle Teile, die nachweisbar infolge schlechter Baustoffe, fehlerhafter Bauart oder mangelhafter Ausführung unbrauchbar oder schadhaft werden, nach seiner Wahl am Verwendungsort oder in seinem Werk kostenlos auszuessern oder durch andere unentgeltlich ab Werk zu ersetzen. Soweit erforderlich, erstreckt sich die Verpflichtung zur Ausbesserung auf den gesamten Liefergegenstand. Etwa ersetzte Bestandteile fallen an den Lieferer zurück." ²⁾

Typ 2:

"Ist die Beanstandung begründet, so hat der

1) Köhler, S. 94

2) Lieferbedingungen für Maschinen und Neuanlagen.

Besteller ein Recht entweder auf Lieferung fehlerloser Stücke, und zwar nur der Stücke, die mit dem gerügten Mangel behaftet sind, oder auf Zurücknahme der mangelhaften Stücke ... Die Pflicht zu einer Ersatzlieferung durch uns besteht nicht."

1)

Handelt es sich bei Typ 1 der Lieferbedingungen um eine Maschine, so kommt der Betonung, eventuell den gesamten Liefergegenstand auszubessern oder neu herzustellen, nur die Bedeutung zu, den schon im Vordersatz aufgezeigten möglichen Umfang der Mangelbeseitigungspflicht ausdrücklich festzustellen.

Ist eine ganze Anlage Liefergegenstand, hat der Zusatz, bei Gesamtabnahme und Teilabnahme, gegenüber dem Vordersatz nur deklaratorischen Wert, da die Ersatzlieferung bzw. Neuherstellung auch ohne diesen mit dem Vordersatz geregelt ist.

Bei Typ 2 der Lieferbedingungen behält sich der Unternehmer nicht ein Wahlrecht zwischen Ausbesserung und Neuherstellung vor, sondern zwischen Ersetzungsbefugnis bzw. Neuherstellung und der Möglichkeit der Vertragsauflösung.

In diesem Fall wird es zu einem Anspruch des Bestellers auf Neuherstellung in der Praxis kaum kommen. Theoretisch denkbar wäre nur der Fall, daß sich der Unternehmer weigert, einen Rücktritt des Bestellers anzuerkennen und damit die Verpflichtung übernimmt, den Vertrag unter Umständen auch im Wege der Neuherstellung zu erfüllen.

Beide Lieferbedingungen sind Außenseiter und eine praktische Bedeutung kommt ihnen im Rahmen der Gesamtbetrachtung kaum zu.

1) Lieferbedingung für Großkochanlagen

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Neuherstellung eines Liefergegenstands, der sich aus Teilen zusammensetzt, grundsätzlich vorgesehen ist. Sowohl der Unternehmer als auch der Besteller können unter Umständen grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung haben.

2. Der Liefergegenstand besteht aus einem Stück.

Es handelt sich meist um gepreßte, gegossene oder geschmiedete Werke, die entweder im Handwerksbetrieb oder massenweise in der Industrie hergestellt werden. Im ersten Fall gibt es keine Formularbedingungen, im zweiten werden meist keine Werk-, sondern Kaufverträge abgeschlossen.

Das vorgefundene Formularmaterial beschränkt sich auf die Formularbedingungen der Industriezweige, die diese Ware in Einzelanfertigung herstellen und Formularbedingungen haben. Diese Fälle sind selten. Eine Bedeutung innerhalb der übrigen Fabrikation kommt ihnen nicht zu.

2 Beispiele aus der Gießerei- und Werkzeugbranche seien angeführt:

- a. "Bei unverkennbaren Material- oder Ausführungsfehlern, die die Verwendbarkeit des Stückes ausschließen, können wir kostenfreien Ersatz des ursprünglichen Liefergegenstands stellen, den Minderwert ersetzen, Gutschrift zum berechneten Wert erteilen oder im Einvernehmen mit dem Käufer den Fehler beseitigen." 1)
- b. "Fehlerhafte Werkstücke werden innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist kostenlos ersetzt." 2)

1) Beispiel bei Bobrowski, S. 121 und 122

2) Lieferbedingungen für Werkzeuge

In beiden Fällen ist Ersatz, also Neuherstellung, grundsätzlich vorgesehen.

Eine ganz andere Formel wählt die Firma, die "für nach Zeichnung gefertigte Präzisionswerkzeuge" herstellt, also Produkte, die im Gegensatz zu den obigen in der Regel aus einer Vielzahl von Teilen bestehen.

223. Der Umfang des Herstellungsanspruchs nach den Einkauf- und ECE-Bedingungen.

a) Die Einkaufsbedingungen

Vertragsgrundlage kann, wie bei den Lieferbedingungen, ein Kauf-, Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag sein, wenngleich diese Bedingungen meist nur Einkaufsbedingungen und nicht, wie es richtiger wäre und in einem Fall überschrieben ist, "Einkauf- und Fertigungsbedingungen" heißen.

Sie befassen sich ausschließlich mit Neuproduktion und nicht mit Reparaturen und gelten meist für In- und Ausland. Während die Lieferbedingungen meist ausgefeilte, alles regelnde Vertragstexte sind, begnügen sich die Einkaufsbedingungen auf einem Bruchteil des Umfangs der Lieferbedingungen mit einer mehr oder minder stichwortartigen Regelung. Ausführlich behandelt ist in ihnen nur die Haftung für Mängel.

In letzter Zeit versuchen vor allem die wirtschaftlich einflußreichen Firmen immer mehr Aufträge nur aufgrund ihrer Einkaufsbedingungen zu vergeben.¹⁾

Schließen diese auch meist die Anwendung entgegenstehender Lieferbedingungen ausdrücklich aus, genau wie

1) Diese Entwicklung wird vom VDMA ausdrücklich bedauert und er lehnt weiterhin die Aufstellung von "Vorschlag-Einkaufsbedingungen" ab.

die Lieferbedingungen meist alle entgegenstehenden Einkaufsbedingungen ablehnen, ist ihre Anwendung im Ernstfall vor Gericht noch immer in Frage gestellt, da die Rechtsprechung im Falle entgegenstehender Formularbedingungen bis heute uneinheitlich ist.¹⁾

Berücksichtigt man daher, daß von allen Firmen nur ein kleiner Prozentsatz überhaupt Einkaufsbedingungen hat, daß davon wieder nur ein Teil bei den Vertragsverhandlungen der Firmen gegenüber entgegenstehenden Lieferbedingungen sich durchsetzen läßt, und daß ferner deren Durchsetzbarkeit bei Gericht sehr in Frage gestellt ist, kommt ihnen nur eine zweitrangige Bedeutung zu. Untersucht werden sollen sie trotzdem, weil es interessant erscheint festzustellen, welche Vorstellungen der Unternehmer von der Herstellungspflicht hat, wenn er sich in der Rolle des Bestellers findet. Dabei wird nicht auf die Frage eingegangen, ob die einzelnen Klauseln eventuell wegen Sittenwidrigkeit abzulehnen sind.

Die untersuchten 9 Einkaufsbedingungen kennen genau wie die Lieferbedingungen Ausbesserung, Teilersatz und Neuherstellung als mögliche Arten der Herstellung an.

Nur in einem Fall beschränkt der Besteller den Unternehmer auf bloße Neuherstellung.

Besonders interessant ist die Ausgestaltung des Wahlrechts, d.h. hier die Frage, wer in erster Linie Neuherstellung verlangen kann. In 5 von den 9 untersuchten Einkaufsbedingungen nimmt der Besteller das Wahlrecht für sich in Anspruch. So heißt es z.B.:

"Der Lieferer haftet für alle Teile, die innerhalb eines Jahres, gerechnet von der Inbetriebnahme der gelieferten Gegenstände, unbrauchbar oder schadhaft werden, in der Weise, daß nach

1) Über den Widerspruch zwischen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen siehe die Ausführungen von S t a h l in: "Der Betrieb", 1956, S. 681 und 1952, S. 249 und die dort angeführte Rechtsprechung.

Unserer Wahl entweder diese Teile unverzüglich
frei Aufstellungsort kostenlos ersetzt oder ein-
wandfrei ausgebessert werden."

oder

"Wir können nach unserer Wahl die Beseitigung des
Mangels oder die Lieferung eines mangelfreien
Stückes verlangen." 1)

In diesen Fällen gelten die zum "Wahlrecht" der Lie-
ferungsbedingungen gemachten Ausführungen mit umgekehr-
ten Vorzeichen für den Besteller, wonach dieser grund-
sätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung hat.
Hat auch schon zu früheren Zeiten in Einkaufsbedingungen
vereinzelte der Besteller für sich das "Wahlrecht" in
Anspruch genommen, 2) so überrascht heute die Vielzahl
der Einkaufsbedingungen, in denen der Besteller dieses
Recht für sich in Anspruch nehmen zu können glaubt.
Die gleiche Person, die in den Lieferbedingungen er-
klärt, nur der Hersteller des Werkes selbst könne fest-
stellen, ob der Mangel am besten durch Ausbesserung,
Teilersatz oder Neuherstellung zu beseitigen sei, ent-
zieht, wird sie Besteller, dem Unternehmer dieses
Recht.

Bei der praktischen Durchführung der Herstellung, ins-
besondere der Neuherstellung, kann es eine wesentliche
Rolle spielen, ob der Besteller oder der Unternehmer
die erforderlichen Aus- und Einbaukosten zu tragen hat.
Der VDMA schlägt in seinen Lieferungsbedingungen vor,
dem Besteller nur die angemessenen Kosten des Aus- und
Einbaus zu berechnen.³⁾ Während sich die meisten

1) Liefergegenstand sind bei beiden Formeln Bauma-
schinen, Geräte und allgemein Maschinen.

2) Beispiel einer Klausel der Maschinenindustrie
aus dem Jahre 1929, Heidlang, S. 123 und 124

3) siehe Anhang, VII, 5

L i e f e r bedingungen noch an diesen Vorschlag halten, bestimmt ein Großteil der E i n k a u f bedingungen kategorisch:

"Aus- und Einbaukosten zu Ihren Lasten."

Besonders hart trifft dies den Unternehmer dann, wenn die Kosten denen der Neuherstellung gleich kommen oder diese sogar erheblich übersteigen. Solche Fälle sind in der Praxis besonders bei Schiffsmaschinen aufgetreten, z.B. dann, wenn die Herausnahme des defekten Schiffsmotors nur durch Aufschweißen des Schiffskörpers möglich ist. ¹⁾

Der Hinweis der Unternehmer, die Einkaufsbedingungen aufgestellt haben, die Bedingungen seien nur für den Notfall gedacht, während im Zweifel die geschäftliche Kulanz einen Ausgleich der Interessen biete, wird die Vertragspartner, denen diese Bedingungen aufgezwungen werden, kaum trösten. Denn eine Kulanz wird nur dann in Betracht kommen, wenn das Interesse am Vertragspartner, die Vorteile, die aus den Bedingungen gezogen werden könnten, überwiegt. ²⁾

Auf die übrigen dem Unternehmer gegenüber den Lieferbedingungen nachteiligen Regelungen braucht hier nicht eingegangen zu werden.

b) Die ECE-Bedingungen

Die ECE-Bedingungen haben, der in der Bundesrepublik beobachteten Entwicklungstendenz folgend, das Gewährleistungsrecht als Nachbesserungsrecht für Besteller

1) Bobrowski, S. 140 und 152

2) Fischer, S. 483, Sp. 1

und Unternehmer ausgestaltet, ohne dies im Umfang zu begrenzen. ¹⁾

Die maßgebenden ECE-Bestimmungen, in Fassung West und Ost gleichlautend, sind:

Zu Mangel vor Abnahme, Artikel 5, Ziff. 5:

"Erweist sich bei einer Prüfung ... der Liefergegenstand als mangelhaft oder vertragswidrig, so hat der Verkäufer so schnell wie möglich den Mangel zu beseitigen oder den vertragsmäßigen Zustand herzustellen."

Zu Mangel nach Abnahme, Artikel 9 Ziff. 1 und Artikel 9, Ziff. 9:

"Der Verkäufer ist verpflichtet, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeden die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigenden Mangel zu beheben, der auf einem Fehler der Konstruktion, des Materials oder der Ausführung beruht.

"Der Verkäufer muß auf diese Mitteilung hin den Mangel so schnell wie möglich - abgesehen von den in Nr. 10 dieses Artikels genannten Fällen - auf seine Kosten beheben. Sofern nicht der Mangel die Reparatur am Aufstellungsort bedingt, hat der Käufer dem Verkäufer die mangelhaften Teile zur Reparatur oder Ersatzleistung zurückzusenden. In einem solchen Fall gilt die Garantiepflicht des Verkäufers hinsichtlich des mangelhaften Teils als erfüllt, wenn er dem Käufer den ordnungsgemäß reparierten Teil zurücksendet oder ein Ersatzteil liefert." 2)

Ergebnis:

In der Eisen verarbeitenden Industrie ist bei einem Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion nach den üblichen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen die Neuherstellung als Mittel der Herstellung anerkannt. Grundsätzlich steht der Anspruch auf Neuherstellung dem Unternehmer und dem Besteller zu.

1) Ferid, S. 22, 23, 25

2) Ferid, Anm. 68, meint, bei diesem Anspruch handle es sich nicht um einen Erfüllungsanspruch, was nach der deutschen Dogmatik zu bedeuten hätte, daß der Anspruch auf Neuherstellung nicht gestellt werden könnte. Für eine solche Interpretation läßt sich kein Anhalt finden.

D. Die Stellungnahme der Praxis, Literatur und Rechtsprechung.

1) Die Praxis.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird bestätigt durch die Auslegung, die der einzelne Unternehmer selbst der Klausel im praktischen Fall gibt.

Die Frage:

"Hat der Besteller auf Grund der Klausel: "Alle diejenigen Teile ... sind auszubessern oder neu zu liefern" unter Umständen grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung?"

haben 8 befragte Firmen bejaht. ¹⁾

2) Die Literatur

Nach der einhelligen Meinung der Literatur kann auf Grund der Klausel "Alle diejenigen Teile ..." Neuherstellung verlangt werden. Da die Literatur diese Frage jedoch vorwiegend beantwortet für Fälle, in denen den Lieferbedingungen ein Kaufvertrag zu Grunde liegt, ist zunächst zu prüfen, ob ihr Ergebnis auch bei Vorliegen eines Werkvertrags bzw. Werklieferungsvertrags über nicht vertretbare Sachen zu berücksichtigen ist.

1) Es handelt sich dabei um die Firmen:

Klöckner-Humboldt-Deutz AG, (Maschinen, Kesselanlagen, Neuanlagen), H. Krantz (Maschinen), Orbis GmbH (Baumaschinen und Geräte), Junker & Ruh AG, (Großkochenanlagen) Flottmann GmbH (Luftdruckgeräte, Pompej, Kompressoren) Hein, Lehmann & Co. AG (Maschinen), Stülcken Maschinenbau GmbH und die MAN.

O e r t m a n n , der an der Ausarbeitung der Lieferbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie wesentlich mitgearbeitet hat, schrieb 1928 in seinem grundlegenden Aufsatz: "Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften nach den "Allgemeinen Lieferbedingungen" des VDMA" ¹⁾:

"Als g r u n d s ä t z l i c h w i c h t i g e r Unterschied zwischen dem gesetzlichen Recht und den Lieferbedingungen ist zunächst festzustellen, daß die letzteren von einer Scheidung der bei der Maschinenlieferung in Betracht kommenden Verträge im Wortlaut und in der Behandlung nichts wissen ..."

"Es läßt sich auch aus logischen oder rechtspolitischen Gesichtspunkten nicht erweisen, daß die Behandlung der im ersten Aufsatz abgegrenzten Geschäftstypen notwendig verschieden sein m ü s s t e . Vielmehr ist anzunehmen, daß die Unterschiede der Typen im Sinne der Lieferbedingungen zwar nicht einfach aufgehoben, wohl aber gerade in Bezug auf die uns hier interessierende Mängelhaftung möglichst restlos ausgeglichen werden sollen."

Der Auffassung Oertmanns ist zuzustimmen. Die Formularbedingungen sind im wesentlichen nur aus ihrem Inhalt selbst auszulegen, ²⁾ wobei der wirkliche Wille des Unternehmers zu erforschen ist. ³⁾

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rationalisierung hat der Unternehmer mit seiner Lieferungsbedingung e i n e n Vertragstyp aufgestellt. ⁴⁾ An die Typisierung der Produktionsvorgänge, der Fabrikate und des

1) Maschinenbau, S. 775, Sp. 1

2) RGZ 155, 28 = JW 1937, 1962
v. Brunn, S. 57

3) Köhler, S. 45

4) v. Brunn, S. 31

Abnehmers ¹⁾ schließt sich die Typisierung der Mängelhaftung". Es wäre daher gegen die Grundidee selbst, die zur Aufstellung von Lieferbedingungen geführt hat, müßte man die einzelnen Klauseln einer Lieferbedingung danach untersuchen, ob sie für den dem Geschäft nach dem BGB zu Grunde gelegten Vertragstyp auch Anwendung finden dürfen.

Wichtig allerdings bleibt nach BGH ²⁾ der zu Grunde gelegte Vertragstyp für die Fälle, in denen die "normalen Gewährleistungsansprüche des BGB wieder aufleben." Diese Fälle treten aber nur dann ein, wenn entweder die Vertragsparteien beide an einer Anwendung der Bestimmungen der Lieferbedingungen nicht interessiert sind (z.B. weil eine Ausbesserung nicht zum Ziele führt und eine Neuherstellung den Unternehmer schwer finanziell belasten würde und dem Besteller zu zeitraubend ist) oder wenn diese Bestimmungen von den Gerichten als sittenwidrig abgelehnt werden. Diese beiden Fälle berühren daher nicht die Frage, ob die Bestimmungen einer geltenden Lieferbedingung einheitlich auf alle Vertragstypen des BGB anzuwenden sind.

Deshalb können diese Ausführungen der Literatur zu den in Frage stehenden Bestimmungen benutzt werden, gleich, ob sie im Rahmen eines Kauf- oder werkvertraglichen Typs gemacht wurden.

O e r t m a n n ³⁾ stellt zunächst fest, daß die Vorschlagsbedingungen des VDMA keine Regelung über die totale Ersetzung eines Liefergegenstands getroffen haben, verweist dann auf die Klausel "Alle diejenigen Teile" und führt aus:

1) Esser, § 12, 2

2) BGH 22, 90 = MDR 1957, S. 347 = NJW 1957, S. 17
Urteil des BGH vom 14. V. 1959 in MDR 1959,
S. 750 f. (751)

3) Maschinenbau, S. 775 Sp. 1

"Daraus (aus dieser Formel) folgt doch m.E. daß, wenn die Lieferung als G a n z e s mangelhaft ist, d.h. der Mangel nicht einem oder mehrere abgegrenzte und auswechselbare Einzelteile betrifft, auch das gelieferte Stück a l s G a n z e s nach Wahl des Bestellers neu geliefert werden muß: dazu stimmt auch .. (eine andere Bestimmung), wo von der Lieferung von E r s a t z t e i - l e n im Gegensatz zu bloßen N a c h - b e s s e r u n g e n in aller Form geredet wird."

Auf Grund dieser Klausel kann nach H e i d l a n d ¹⁾
"Lieferung einer fehlerfreien Ware", nach K o e h l e r
2) "Ersatzlieferung" und nach B o b r o w s k i ³⁾
"Neulieferung" verlangt werden.

In neuester Zeit hat E. M a u s s in einer Besprechung des Urteils des BGH vom 17. XII. 1959 ⁴⁾ klar Stellung genommen:

"Solange das Werk nicht ~~angenommen~~ ist, kann der Besteller kraft Gesetzes bei einem nicht geglückten Erfüllungsversuch im Rahmen der Zumutbarkeit Erfüllung, d.h. Nachbesserung bis zur Neulieferung fordern. Dieses Recht ist dem Besteller nach den allgemein angewandten Lieferungsbedingungen auch nach Abnahme eingeräumt."

So erfreulich klar sich die Literatur einhellig zur Neuherstellung bekennt, so unklar und schwankend ist die Rechtsprechung.

1) S. 45

2) S. 94

3) S. 140

4) Az. VIII ZR 167/58 in NJW 1960, S. 667 f., Anm. S. 667 (668 Sp. 2)

Besprechung des Urteils siehe S. 91 f.

3) Die Rechtsprechung

In seiner ersten Entscheidung vom 22. X. 1915 ¹⁾, in der das Reichsgericht sich auf Grund einer Lieferbedingung der Maschinenindustrie mit Neuherstellung befaßte, versprach der Unternehmer in seiner Formularbedingung, alle infolge Material- oder Arbeitsfehlern schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Teile durch neue zu ersetzen und auszubessern. Liefergegenstand auf der Basis eines Kaufvertrags war ein zu schwer gebauter Wagen: Das Reichsgericht führt aus:

"Die Bestimmungen (der Lieferungsbedingung) sollen sich vielmehr, wie aus ihrem Gesamtinhalt zu entnehmen ist, n u r a u f n ä h e r bezeichnete schadhaft oder unbrauchbar gewordene Teile beziehen und nur bezüglich dieser soll Gewährleistung auf Ersatz oder Ausbesserung beschränkt sein. Nicht dürfen diese Bestimmungen auch auf andere Fehler bezogen werden, insbesondere nicht auf Konstruktionsfehler, die nach § 459 zur Gewährleistung verpflichten...."

Hieraus kann gefolgert werden, daß das Reichsgericht, würde sich die "Garantie", wie heute allgemein üblich, auch auf fehlerfreie Konstruktion beziehen, die Möglichkeit der Neuherstellung als Mittel der Herstellung anerkennen würde.

In der Tat hat es in einer 4 Tage später getroffenen Entscheidung ²⁾ diesen Standpunkt vertreten. Dem Urteil lag folgender Fall zu Grunde:

Liefergegenstand war ein Dampfkessel; dieser war zweimal geplatzt. Durch Auswechselung der beschädigten Teile gegen neue konnte eine Wiederholung der Explosion nicht verhütet werden. Dem Geschäft lag ein

1) In JW 1916, S. 36 Nr. 2

2) Urteil des RG vom 26. X. 1915 in JW 1916, S. 134, Nr. 17

Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen unter Verwendung der heute üblichen Lieferbedingungen, also auch "Garantie" für fehlerfreie Konstruktion, zu Grunde.

In dem Urteil heißt es:

"Für ihre Anwendung (Formularbedingung) bleibt noch Raum, auch wenn man davon ausgehen wollte, daß die vorgekommenen Beschädigungen auf die Konstruktion der Kesselanlagen zurückzuführen seien, und durch Auswechslung der schadhaften Teile eine Wiederholung des Eintritts von Rohrschäden nicht sicher abzuwenden sei.

Die Beklagte hat für die Güte ihres Materials, ihrer Konstruktion und Arbeit einzustehen und im Bereiche ihrer Vertretungspflicht nicht bloß schadhaft werdende Einzelteile zu ersetzen, sondern alle ihr zur Last fallende Mängel zu beseitigen.

Nach Maßgabe dieser vertraglichen Regelung kann sich für die Beklagte unter Umständen die Verpflichtung ergeben, Konstruktionsänderungen in so weit gehendem Maße vorzunehmen, daß die Nachbesserungsarbeiten an Umfang und Bedeutung einer Neuherstellung gleichkommen."

Diese Entscheidung läßt an Klarheit und Richtigkeit nichts mehr zu wünschen übrig: nach der typischen Lieferungsbedingung im Maschinenbau kann Neuherstellung verlangt werden. Sie kann grundsätzlich von Unternehmer und Besteller geltend gemacht werden. Leider rückte das Reichsgericht in seinen folgenden Entscheidungen von dieser richtigen Auslegung der Lieferungsbedingung unter dem Einfluß des in der folgenden Zeit entbrennenden dogmatischen Streits um die Neuherstellung ab.

Bereits in dem Urteil vom 18. XI. 1921 ¹⁾ erklärte

1) Az VII, 248, 21
in Warn. Rspr. 1922, Nr. 10

das Reichsgericht in einem Fall, dem die heute üblichen Lieferbedingungen zu Grunde lagen, zu Gunsten eines Beklagten, der nicht an Neuherstellung, sondern an Schadensersatz interessiert war:

"Bei freier Nachprüfung (der Lieferbedingungen) aber ist die Anwendung der Garantieklausel auf den vorliegenden Fall, wo es sich nicht um Unbrauchbarkeit einzelner Teile, sondern um eine der Nachbesserung verschlossene völlige Unbrauchbarkeit handelt, ... für ausgeschlossen zu erachten."

An dieser Rechtsprechung hielt das Reichsgericht bis zum Schlusse fest. In mehreren Entscheidungen ¹⁾ lehnte es obiter die Neuherstellung ab. Jeweils zu Gunsten des Bestellers oder des Unternehmers verzichtete es darauf, die "Mangelklausel" der Lieferbedingungen bis zur Neuherstellung auszulegen. Es lehnte also nicht etwa eine Neuherstellung z.B. wegen Unzumutbarkeit ab, sondern es wollte die Neuherstellung nicht als Mittel der Herstellung anerkennen. Zwei Gründe mögen dafür maßgebend gewesen sein: einmal die Skepsis der Rechtsprechung gegenüber dem suspekten "Recht der Wirtschaft" und daher ihr Streben, die Gewährleistungsrechte des BGB schon bei einer undurchführbaren Ausbesserung und nicht erst bei einer z.B. wegen Unzumutbarkeit abzulehnenden Neuherstellung "wiederaufleben" zu lassen, um somit den Fall so früh wie möglich der gesetzlichen Regelung zu unterwerfen ²⁾, zum anderen der Wunsch des Reichsgerichts nach "einheitlicher Rechtsprechung" zur Neuherstellung,

1) siehe insbesondere:

RG 87, S. 335 f.

RG 96, S. 266 f.

RG 128, S. 211 f.

RZ 31, S. 1268 f. (1269)

RG 142, S. 333 = JW 34, S. 545, Nr. 1

2) Raiser, S. 268

gleich, ob nach dem BGB oder nach einer Lieferbedingung.

Die letzte Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof zunächst dankbar aufgegriffen.

In dem 1. Urteil des Bundesgerichtshofs, das sich insbesondere mit dem "Wiederaufleben von Gewährleistungsansprüchen" befaßt ¹⁾, würdigt der Bundesgerichtshof mit Ausnahme des Reichsgerichts-Urteils, das sich klar zur Neuherstellung bekennt ²⁾, im übrigen die gesamte Rechtsprechung des Reichsgerichts und schließt sich im Ergebnis grundsätzlich dessen Auslegung an. Er erklärt,

"... daß aber die Gewährleistungsansprüche des Klägers aufleben, wenn sich das ~~N a c h -~~
~~b e s s e r u n g s r e c h t~~ aus irgend
einem Grunde nicht realisieren läßt." ³⁾

Er spricht nur von einem Nachbesserungsrecht, ohne die Neuherstellung zu erwähnen.

Die Tradition gewordene Einstellung des Reichsgerichts, die Möglichkeit einer Neuherstellung zu negieren, setzt der Bundesgerichtshof auch noch in seiner nächsten Entscheidung ⁴⁾ fort.

In diesem Fall, dem ein Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen zu Grunde lag, führt der Bundesgerichtshof als Voraussetzung für den von ihm konstruierten, außerhalb der Lieferbedingung bestehen sollenden Schadensersatzanspruch an:

"Voraussetzung für einen derartigen Schadensersatzanspruch der Klägerin würde sein, daß

1) BGH 22, S. 90 f (96) = NJW 1957, S. 17 = MDR 1957, S. 347

2) JW 1916, S. 134, Nr. 17, siehe S.

3) a.a.O. S. 100

4) Urteil vom 14. V. 1959, MDR 1959, S. 750 f.(751)
= NJW 1959/1490 = Rechts und Steuerdienst Nr. 14 v.
29. August 1959.

Zu dem dort behandelten Problem des Wiederauflebens der normalen Gewährleistungsansprüche siehe S. 15

die Beklagte die - an sich mögliche - Nachbesserung in einer der Klägerin zumutbaren Frist nicht ausgeführt hätte, obwohl die Klägerin ihr dazu die Möglichkeit gegeben hatte, oder daß die Maschine durch Schuld der Beklagten überhaupt nicht nachbesserungsfähig (eine "Fehlkonstruktion") wäre."

Danach soll also bei einer Fehlkonstruktion Neuherstellung nicht verlangt werden können. Die Fehlkonstruktion ist "überhaupt nicht nachbesserungsfähig." Klar gibt damit der Bundesgerichtshof zu erkennen, daß er unter Herstellen zu Gunsten des Unternehmers nur Ausbesserung und eventuell Teilersatz verstehen will.

Gegen diese Auffassung wendet sich mit Recht E. M a u s s ¹⁾ Die Auffassung des Bundesgerichtshofs widerspricht dem Wortlaut, Sinn und Zweck der Lieferungsbedingungen. ²⁾

Die letzte Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist vom 17. XII. 1959 ³⁾. Auf der Basis der allgemein üblichen Lieferbedingungen hatte der Unternehmer dem Besteller (Käufer) eine Maschine geliefert, die nach Abnahme "tiefgreifende Mängel" aufwies. Der Besteller möchte mit den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen gegen den Unternehmer vorgehen und sich auf eine Neuherstellung des Werkes nicht einlassen, da das Werk so "tiefgreifende" Mängel aufweist. Der Bundesgerichtshof erkennt dem Besteller die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nicht zu und verweist ihn auf den Herstellungsanspruch.

Im einzelnen führt er aus:

"Dafür, daß sich Nr. VII und VIII der ABLM ⁴⁾ nur auf geringfügige Mängel beziehen, die

1) Anm. zu Urteil des BGH vom 17. XII. 1959 in NJW 1960 S. 667, siehe auch S. 86

2) Siehe dazu S. 69 f.

3) NJW 1960, S. 667 und 668

4) diese Nummern entsprechen denen der Lieferbedingungen des VDMA, siehe Anhang

mit Leichtigkeit zu beheben oder durch sofortige Auswechslung einzelner Teile beseitigt werden können, bietet die von dem erk. Sen. frei nachprüfbare, weil typische Klausel entgegen der Ansicht der Rev. keinen Anhalt. Denn es wird in Ziff. VII, 1 ausdrücklich festgelegt, daß sich die Nachbesserung auch auf Mängel bezieht, die "insbes. wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe und mangelhafter Ausführung" eine Einschränkung der Brauchbarkeit oder eine Unbrauchbarkeit von Teilen der Maschine nach sich ziehen. Andere Fehler als die hier aufgeführten weist jedoch die Maschine nach den Feststellungen des Ber.Ger. nicht auf, nach denen jedenfalls eine Fehlkonstruktion, die einer Nachbesserung unzumutbare Schwierigkeiten entgegensetzen würde, nicht gegeben ist."

Der Bundesgerichtshof sagt damit zweierlei:

- 1) Es besteht ein Herstellungsanspruch für "tiefgreifende Mängel."

Erfahrungsgemäß lassen sich solche Mängel aber meist nicht durch Ausbesserung oder Ersatz, sondern nur durch Neuherstellung beseitigen. (Dabei ist es unbeachtlich, ob alle oder nur die wesentlichen Teile des Werkes neu hergestellt werden müssen,¹⁾).

Dies muß auch dem Bundesgerichtshof bekannt sein. Er gibt dem Unternehmer das Recht oder die Pflicht, einen "tiefgreifenden" Mangel zu beseitigen, der seine Ursache entweder in einer fehlerhaften Bauart, in der Verwendung schlechter Baustoffe oder in der mangelhaften Ausführung oder in allen 3 haben kann, und nennt die Beseitigung dieses Mangels Nachbesserung, meint aber in Wirklichkeit - Neuherstellung.

- 2) Im Gegensatz zum Urteil vom 14. V. 1959 ²⁾ behauptet der Bundesgerichtshof nicht mehr, daß für eine durch Schuld des Unternehmers fehlerkonstruierte Ma-

1) siehe Definition der Neuherstellung, S. 17

2) Siehe S. 90, (LDR 1959, S. 751)

schine überhaupt kein Herstellungsanspruch gegeben sei, sondern meint jetzt nur noch, eine Fehlkonstruktion würde einer "Nachbesserung" unzumutbare Schwierigkeiten entgegensetzen. Das heißt nichts anderes, daß der Bundesgerichtshof, wenn auch anscheinend noch nicht in der Sache, so doch dogmatisch gegenüber seinen vorausgegangenen Entscheidungen eine Kehrtwendung um 180° gemacht hat. Während er in dem Urteil vom 14. V. 1959 das Bestehen eines "Nachbesserungsanspruchs" bei Fehlkonstruktionen überhaupt ablehnt, erkennt er jetzt einen solchen Anspruch an, lehnt aber dessen Realisierung ab, weil eine Fehlkonstruktion dem Unternehmer "unzumutbare Schwierigkeiten entgegensetzen würde".

Diese Bundesgerichtshofentscheidung zeigt, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung in Bewegung geraten ist. Bekennt sich der Bundesgerichtshof auch noch nicht expressis verbis zur Neuherstellung, so zeigt sein letztes Urteil doch, daß er sich im Inhalt ihr nähert und so den Forderungen der Praxis und der einhelligen Meinung der Literatur entgegenzukommen geneigt ist.

II. Der Schiffbau

A. Vorbemerkung

Die drei Hauptbestandteile eines Schiffes, Schiffskörper, Maschinen- und Kesselanlagen sowie die Ausrüstung, werden oft vor der Probefahrt, bei der die Gesamtabnahme erfolgt, teilabgenommen. Daher kann sich bei Mangelhaftigkeit für jeden der drei Hauptbestandteile das Problem der Neuherstellung ergeben. Die Notwendigkeit, bei Mangel nach Abnahme das gesamte Schiff neu herzustellen, wird in der Praxis kaum eintreten.

Alle Schiffbauverträge unterscheiden streng zwischen

Mangel im Werk und Mangel in der Leistungsfähigkeit.
Bei Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion gibt es nach den Verträgen des Schiffbaues nur den Herstellungsanspruch, Ersatzrechte wie Wandlung, Minderung und Schadensersatz werden dem Besteller nicht gegeben.

Die gebräuchlichsten Klauseln im Schiffbau sind:

- 1) "Die Werft verpflichtet sich, alle Mängel, welche sich binnen eines Zeitraumes von sechs Monaten nach der Ablieferung des Schiffes infolge Verwendung schlechten oder fehlerhaften oder nicht geeigneten Materials oder minderwertiger Arbeit oder unsachgemäßer Konstruktion bemerkbar machen, auf ihre Kosten zu beseitigen, ohne für weitere Folgen, insbesondere für indirekte Schäden, verantwortlich zu sein. Bei Beseitigung der Mängel gehen ausgebaute Teile, für welche die Werft auf eigene Kosten Ersatz geliefert hat, in das Eigentum der Werft über."
- 2) "Die Werft übernimmt für die Güte des Materials, die werkstattgerechte Ausführung, für die vertragsmäßige Herstellung des Schiffes sowie für alle von der Werft in diesem Vertrag in seinen Bestandteilen gegebenen Zusicherungen und Garantien ausschließlich eine Gewährleistung für das Schiff und seine Einrichtung in der Weise, daß sich die Werft verpflichtet, alle Mängel, die während dieser Zeit nachweislich durch Verwendung schlechten Materials, Konstruktionsfehler oder fehlerhafte Arbeitsausführung entstehen sollten, kostenlos zu beseitigen. Für weitere Schäden und Folgen, insbesondere indirekte Schäden, hat die Werft nicht einzustehen ...
Für von Unterlieferanten bezogene Bauteile wie Maschinen, Kessel usw. wird eine Garantie nur in dem Umfang geleistet, in dem der Unterlieferer der Bauwerft gegenüber eine Garantie übernimmt.
Bei Beseitigung von Mängeln gehen ausgebaute Teile, für welche die Werft auf eigene Kosten Ersatz geleistet hat, in das Eigentum der Werft über.
Die Haftung für Nachbesserungsarbeiten oder Ersatzteile, die auf Grund der Gewährleistung vom Erbauer kostenlos geliefert werden, hört mit Ablauf der Gewährfrist auf."

- 3) "Die Werft übernimmt für die Güte des Materials und die werkstattgerechte Ausführung eine Gewähr für die Dauer von 6 (sechs) Monaten, vom Tage der Ablieferung an gerechnet, für alle Mängel, die während dieser Frist nachweislich durch Konstruktionsfehler oder fehlerhafte Arbeitsausführung sowie durch Verwendung schlechten Materials eigener Fertigung entstehen oder hervortreten sollten. Die Werft verpflichtet sich, im Schadensfall die aus obigen Gründen fehlerhaft gewordenen Teile zu ersetzen. Für die durch Unterlieferanten gelieferten Teile haftet und zahlt die Werft nur in dem Umfange, wie diese der Werft gegenüber. Darüber hinausgehende Ersatzansprüche sind ausgeschlossen, insbesondere Ansprüche auf Ersatz mittelbarer Schäden und Einbußen. Durch die Vornahme von Arbeiten zur Beseitigung von Mängeln (Garantiearbeiten) wird eine neue Gewährleistungsfrist nicht in Lauf gesetzt."
- 4) "Die Werft übernimmt für die Schiffe und die Maschinenanlagen eine Gewähr auf die Dauer von 6 Monaten nach Ablieferung der Schiffe in der Weise, daß sie für alle Mängel, die in dieser Zeit nachweislich infolge fehlerhafter Konstruktion, Verwendung ungeeigneten Materials oder unsachgemäßer Arbeitsausführung auftreten sollten, auf Anfordern kostenlos Ersatz ~~g~~ liefert, ohne für weitere Folgen, insbesondere indirekte Schäden, zu haften."

B. Die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs.

Garantieobjekte sind in allen Verträgen, auch, wenn nur von "Schiff" die Rede ist, Schiffskörper, Maschinen- und Kesselanlagen und die Ausrüstung des Schiffes.

Es muß sich immer um einen Mangel handeln, der, wie in den Formularbedingungen des Maschinenbaus, auf einen Umstand zurückzuführen ist, der vor Gefahrübergang liegt. Spätester Zeitpunkt ist die Probefahrt, Eine besondere Wirkung des Mangels auf das Werk ist im Gegensatz zum Maschinenbau nicht erforderlich. Die Werft tritt grundsätzlich für jeden Mangel ein. Insoweit sind die Voraussetzungen für den Herstellungs-

anspruch im Schiffbau weniger streng als die für den Herstellungsanspruch der Eisen verarbeitenden Industrie. Genau wie nach den Formularbedingungen muß er jedoch nach allen Verträgen auf einen Fehler im Material, der Ausführung oder Konstruktion zurückzuführen sein, ohne daß der Schiffbau mit dem Zusatz "insbesondere" weitere Fehlerquellen zuläßt. Daß der Schiffbau heute grundsätzlich auch für Konstruktionsmängel eintritt, ist neu. Noch in einem Beispiel von Wüstendörfer ¹⁾ garantiert die Werft nur für Fehler im Material und der Ausführung. Wie in der Eisen verarbeitenden Industrie sind auch im Schiffbau eine Reihe potentieller Mängel angeführt, für die die Werft nicht eintritt, z.B. wenn diese durch fehlerhafte Behandlung des Bestellers allein oder mit verursacht sind.

C. Der Umfang des Herstellungsanspruchs.

Nach allen Verträgen kann Herstellung verlangt werden. Diese kann grundsätzlich zur Neuherstellung jedes einzelnen Gewährleistungsobjektes führen. Aus den Klauseln ist keine Beschränkung des Herstellungsanspruchs auf Teile dieser Objekte zu entnehmen.

Ob in den Garantieklauseln der einzelnen Verträge die Worte "Mängel ... beseitigen" oder "Ersatz liefern" gewählt sind, macht keinen Unterschied, wie man zunächst annehmen könnte, da in den Bestimmungen, die die Gewährfrist oder das Eigentum an dem ersetzten Gegenstand regeln, im ersten Falle von "Ersatz" und im zweiten von "Arbeiten zur Beseitigung" ergänzend die Rede ist.

Für die Frage, ob auch Neuherstellung der Maschinenanlagen grundsätzlich gewährt wird, ist es in der Regel gleichgültig, ob die Verträge bei Mangel im Material,

1) "Tatsachen und NormenSp. 183, letztes Beispiel

der Ausführung oder Konstruktion auf die Formularbedingungen der Maschinenindustrie verweisen, oder, ob ihre eigene Garantie gilt, da in beiden Fällen Neuherstellung möglich ist. So entsprechen z.B. die Spezialbedingungen einer Maschinenfabrik ¹⁾ für Schiffsdieselmotoren den übrigen Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie.

Zu beachten ist aber, daß für die Voraussetzungen des Eintritts eines Garantiefalls bedeutsam ist, ob die Formularbedingungen oder ein üblicher Vertrag des Schiffbaus Anwendung finden.

Wenn auch in den Verträgen ein Wahlrecht der Werft nicht erwähnt ist, so folgt schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß die Werft zunächst Mängelbeseitigung versuchen kann. Im übrigen gilt das zu den Formularbedingungen Gesagte. ²⁾

Ergebnis:

Im Schiffbau haben bei Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion Unternehmer und Besteller grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung.

III. Das Baugewerbe

A. Die Bedeutung der Neuherstellungsfälle im Baugewerbe.

Im Baugewerbe, insbesondere bei technischen Bauwerken, handelt es sich in der Regel um Leistungen, die aus verschiedenen Teilen bestehen und meist von verschiedenen Unternehmern erbracht werden, z.B.: Fundamente, Stahlkonstruktionen, Maschinen und elektrische Anlagen von Kraftwerken, Wehrverschlüsse, Pumpanlagen usw.

1) MAN

2) Siehe Seite 72 f.

Daraus folgt, daß meist keine Gesamtabnahme der kompletten Anlage, sondern nur, auf das komplette Werk bezogen, Teilabnahmen erfolgen. Das Problem der Neuherstellung einer Gesamtanlage ergibt sich daher selten für den einzelnen Unternehmer. Nur für die gesamte Leistung eines einzelnen Unternehmers, die nur Teil des Gesamtwerks ist, gibt es das Problem der Neuherstellung. Die Leistung des Einzelnen wird sich ihrerseits wieder aus technisch verschiedenen Leistungen zusammensetzen, z.B. bei dem Auftrag eines Wehrverschlusses: Stahlbau, Maschinenbau und elektrische Anlage. Insoweit ist in der Praxis oft Teilabnahme ausdrücklich vereinbart. Wird sie nicht vereinbart, ist nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden, ob die verschiedenen Teilleistungen, die ein Unternehmer an ein und demselben Bauwerk ausführt, als in sich abgeschlossene Teile der Leistung anzusehen und teilabgenommen werden können. Dies wird meist abgelehnt.¹⁾

Weiter ist zu berücksichtigen, daß diese einzelnen Teile sich ihrerseits wieder, wie bei den Objekten der Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie, aus einer Summe einzelner Teile zusammensetzen können. Daraus folgt, daß bei Entstehung einer Gesamtanlage durch Summierung vieler Teilanlagen meist verschiedener Unternehmer der Umfang einer möglichen Neuherstellung sich auf einen mehr oder minder kleinen Teil des Gesamtwerks beschränkt.

B. Die Regelung in der VOB.

In der VOB sind als Ansprüche der Vertragsparteien bei einem Mangel im Werk vorgesehen: primär der Herstellungsanspruch, sekundär Ansprüche auf Minderung (§ 13, 6 VOB) und Schadensersatz (§ 13, 7 VOB). Ansprüche auf

1) Christoffel, S. 100
RLN Ez. 12.18 und 1.2

Wandlung sind grundsätzlich nicht vorgesehen. ¹⁾

Für welche Mängel der Unternehmer nach Abnahme eintritt, ergibt sich aus § 13 Ziff. 1 VOB:

"Der Auftragnehmer übernimmt die Gewähr, daß seine Leistung zur Zeit der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, den anerkannten Regeln der Technik entspricht und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern." ²⁾

Als Anspruchsgrundlage für die Neuherstellung kommt die Vorschrift des § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB in Betracht:

"Der Auftragnehmer ist verpflichtet, a l l e während der Verjährungsfrist hervortretenden M ä n g e l , die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu b e s e i t i g e n , wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt."

Im Gegensatz zum BGB, das von "Beseitigung des Mangels" ³⁾ spricht, erklärt die VOB ausdrücklich: "Alle Mängel ... sind zu beseitigen.", ohne grundsätzlich eine Begrenzung in der Lokalisierung oder in der Erheblichkeit der Mängel vorzunehmen.

Schon aus der Formulierung des § 13 Ziff. 5 Abs. 1 VOB muß man entsprechend der Auslegung der Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie entnehmen, daß nach der VOB der Herstellungsanspruch grundsätzlich bis zur Neuherstellung führen kann.

Selbst wenn Literatur und Rechtsprechung zu dem Ergebnis kommen, daß nach dem Werkvertragsrecht des BGB der Anspruch auf Neuherstellung nach Abnahme unzulässig sei, wäre diese Feststellung für die Auslegung des § 13, 5 VOB nicht bindend, da die Gewährleistungsregelung der VOB aus sich selbst heraus zu interpretieren ist und

1) Ingenstau-Korbion, S. 586
Herde, S. 35

2) vergl. § 633 I BGB
siehe auch HLN Ez. 13.2 und 13.5

3) § 633 II 1

eine etwa abweichende Regelung des BGB ausschließt. ¹⁾

Nur die Auslegung, daß der Neuherstellungsanspruch nach Abnahme Unternehmer und Besteller grundsätzlich zusteht, entspricht der Interessenlage beider Parteien. Die Interessen ~~b e i d e r~~ Parteien zu berücksichtigen, war der Hauptzweck bei der Schaffung der VOB. ²⁾

Die Ansichten in der Literatur über die Interpretation der VOB gehen auseinander.

Hereth-Ludwig-Naschold berufen sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die alte Lehre, ohne sich mit der modernen auseinanderzusetzen und lehnen, ohne eigene Begründung, einen Anspruch des Bestellers auf Neuherstellung grundsätzlich ab. Dem Unternehmer jedoch wollen Sie den Anspruch nicht versagen. Geht es um dessen Rechte, verstehen Hereth-Ludwig-Naschold unter Mangelbeseitigung nach § 13 Ziff. 5 Abs. 1 sowohl Mangelbeseitigung als auch Neuherstellung. Dem Unternehmer geben sie ein Wahlrecht und begrenzen sein Recht auf Neuherstellung durch die Interessenlage des Bestellers. ³⁾ Der Ansicht von Hereth-Ludwig-Naschold haben sich Ingenstau-Korbion unter Hinweis auf die klassischen Entscheidungen des Reichsgerichts zur Neuherstellung angeschlossen. ⁴⁾

Die Stellungnahme von Weilbier in seinen Fällen aus der Praxis ist unklar. In 2 Fällen geht er auf das Problem der Neuherstellung ein:

Fall 1: ⁵⁾

Ein Haus war nicht rechtwinkelig gebaut. In der einen Zimmerecke war der Fries 12, in der anderen 18 cm.

1) Stein, a.a.O.

2) Urteil des BGH vom 29. X. 1956 in BB 1956, II.S.1168

3) Ez. 13. 215

4) S. 552, 573, 575

5) Hb. S. 267 (zu B § 13 Ziff. 6) = Eb. S. 287

Weilbier prüft nicht, ob dem Besteller ein Anspruch auf Neuherstellung wegen Unverhältnismäßigkeit nicht zu geben ist, sondern begnügt sich damit festzustellen, daß eine Mangelbeseitigung (er meint Ausbesserung) unmöglich sei und verweist den Besteller auf den wohl hier gerechten Minderungsanspruch.

Läßt dieses Beispiel vermuten, daß Weilbier unter Mangelbeseitigung nur Ausbesserung versteht, so empfiehlt er in dem folgenden Beispiel dem Besteller, Neuherstellung zu verlangen.

Fall 2: 1)

"Eine Parkettherstellerfirma hat in einem Hotelsaal einen Langriemenboden verlegt, obwohl sie wußte, daß die Unterlage ungeeignet war. Es traten Mängel auf, die nur durch Verlegen von Blindboden, d.h. Herausreißen des Bodens, Anbringung eines Blindbodens und Wiederverlegen des Bodens beseitigt werden konnten. Im übrigen sollten zur Mangelbeseitigung nicht Lang- sondern Kurzriemen verlegt werden.

Es handelt sich somit um den typischen Fall einer Neuherstellung und nicht um Ausbesserung. Trotzdem gibt Weilbier dem Besteller den Rat, dem Unternehmer eine angemessene Frist zur "Mangelbeseitigung" zu setzen, geht also hier davon aus, daß dem Besteller ein Anspruch auf Neuherstellung zusteht.

Auch die Rechtsprechung zur VOB hält sich bis jetzt noch an die 3 klassischen Entscheidungen des Reichsgerichts ²⁾ und lehnt einen Anspruch auf Neuherstellung des Bestellers vor und nach Abnahme ab. Sie hilft sich dadurch, daß sie den Umfang des Mangelbeseitigungsanspruchs ausdehnt und den Unternehmer unter dem Namen Mangelbeseitigung praktisch doch zur Neuherstellung verpflichtet.

Typisch dafür ist das Urteil eines Landgerichts. ³⁾

1) Eb. S. 266 (zu § 13 Ziff. 3)

2) RG 57, 275, 59, 329 und 107, 339

3) Urteil des Landgerichts Frankenthal Pfalz aus dem Jahre 1955, AZ 3 O 134/55

Der Unternehmer hatte den Rohbau eines Hauses fertiggestellt. Es stellte sich heraus, daß die verwendeten Backsteine "Kalkmännchen" hatten, d.h. der Lösungsprozeß in den Backsteinen war deshalb noch nicht vollendet, weil in diesen noch ungelöschte Kalkbestandteile vorhanden waren. Dies führte dazu, daß ein Großteil der Steine durch die Luftfeuchtigkeit zu zerbröckeln begann, was zur Folge hatte, daß die Standfestigkeit des Mauerwerks nachließ.

Der Unternehmer wurde zur Vornahme folgender Arbeiten verurteilt:

"Die Beklagte wird verurteilt, auf ihre Kosten die Mauern und Wände des Erdgeschosses und des Obergeschosses sowie den Kamin mit dem Wandanschlüssen im Dachgeschoß des Hauses Sternstraße 138 in Ludwigshafen a.Rh.-Friesenheim zu erneuern und in Ausführung dieser Arbeiten insbesondere folgende im Zusammenhang stehende Nebenarbeiten zu leisten oder leisten zu lassen:

- 1) Herausnehmen der Fenster, Türen, Türbekleidung, Rolläden und sonstigen eingebauten Gegenstände aus dem Mauerwerk,
- 2) Abnehmen der Heizkörper
- 3) Ausbau der Elektroinstallation
- 4) Entfernen des Bodenbelages, einschließlich des Unterbodens
- 5) Entfernen des Deckenputzes und der Unterkonstruktion im Wandbereich .
- 6) Stückweises Abstützen der einzelnen Geschoßdecken an den Außen- und Innenwänden
- 7) Abschnittweises Herausnehmen der Mauern und Wände und Wiederhochführen derselben, Unterstampfen der Anschlußdeckenteile mit Beton
- 8) Verputzen der neuen Wandteile und der Deckenanschlüsse
- 9) Sachgemäßes Aufbewahren der aus dem Mauerwerk herausgenommenen Gegenstände während der Durchführung der Erneuerungsarbeiten."

In der Urteilsbegründung nahm das Landgericht den Standpunkt ein, es handle sich bei diesen Arbeiten deshalb nicht um eine Neuherstellung, die der Besteller nicht beanspruchen könne, weil (ausschließlich) Kellergeschoß und Zwischendecken erhalten bleiben könnten.

Diese Entscheidung zeigt das Dilemma, in dem sich die

Rechtsprechung befindet, die einerseits an einer überholten Judikatur festhalten zu müssen glaubt und andererseits den Bedürfnissen der Praxis gerecht werden soll.

C. Die Regelung in den frei gestalteten Verträgen.

Verträge zwischen Privatpersonen, vor allem über technische Bauwerke, richten sich nicht immer nach der VOB oder dem BGB. Oft ist hier die Rechtsgrundlage der frei ausgehandelte Vertrag oder die Formularbedingung des Unternehmers.

Die vorliegenden 2 Lieferbedingungen für Stahlbauten¹⁾ regeln den Herstellungsanspruch nach Abnahme genau wie er in den Lieferbedingungen der Maschinenindustrie ausgestaltet ist. Beide erkennen also den Anspruch auf Neuherstellung grundsätzlich an.

Auch die frei ausgehandelten Verträge über technische Bauwerke machen darin grundsätzlich keine Ausnahme, z.B.:

1) Vertrag für Werkhalle:

"Für alle innerhalb der Gewährleistungsfrist auftretenden Schäden und Mängel hat die Unternehmerfirma nach Aufforderung unentgeltlich Ersatz zu leisten."

2) Vertrag für Wehrverschlüsse:

"Sämtliche in den Beton des Wehrunterbaus und in die Pfeiler einzubauenden Konstruktionen werden vor dem Einbetonieren stahlbaulich abgenommen."

"Der Auftragnehmer haftet für die vertragsmäßige Beschaffenheit seiner Lieferungen und Leistungen vom Tage der endgültigen Abnahme ab gerechnet 2 Jahre. Für ausgeführte Nacharbeiten, verbesserte und ersetzte Bauteile hat der Auftragneh-

1) "Allgemeine Bedingungen für die Lieferung von Stahlbauten" der Firma MAN, Werk Gustavsburg, und "Allgemeine Bedingungen für die Lieferung von Stahlbauten, Maschinen und maschinellen Anlagen" der Firma Hein, Lehmann & Co., Düsseldorf.

mer vom Tage der Abnahme dieser Teile an 2 weitere Jahre Gewähr zu leisten."

Hier sind Teilabnahme für Fundament und Stahlbau vorgesehen. Mit der Hervorhebung "ersetzte Bauteile" ergeben sich für die Auslegung dieses Vertrages die gleichen Gesichtspunkte wie bei der Normalformel der Lieferbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie.

3) Vertrag zur Schiffbarmachung der Mosel, betreffend Wehrverschlüsse:

"Der Auftragnehmer haftet für die vertragsmäßige Beschaffenheit der Bauleistungen vom Tage der endgültigen Abnahme noch 2 Jahre für den Stahl- und Maschinenbauteil, 1 Jahr für den elektrischen Teil und 4 Jahre für den von ihm ausgeführten Rostschutz ...
Während der Gewährleistung hat der Auftragnehmer alle Mängel der Anlage ... zu beseitigen, soweit sie auf fehlerhaftes Material, fehlerhafte Konstruktion oder Ausführung zurückzuführen sind .. Ist eine gründliche Instandsetzung oder der Einbau neuer Teile an Stelle der mangelhaften zu der Zeit, in welcher sich die Mängel herausstellen, nicht möglich, so hat der Auftragnehmer .. eine vorläufige Verbesserung vorzunehmen. Die endgültige Verbesserung oder den Ersatz sämtlicher mangelhafter Teile hat der Auftragnehmer auszuführen ..."

4) Vertrag für Pumpenanlage:

"... alle Mängel, die sich an Baustoffen, an der Arbeitsausführung und infolge fehlerhafter Bauweise herausstellen sollten, sofort auf eigene Kosten zu beseitigen...."

5) Vertrag Tjorn-Brücke, Schweden, zwischen der Firma IAN und der königlich Schwedischen Straßen- und Wasserbaudirektion:

".... alle Mängel zu beseitigen ..."
"Für demgemäß ausgeführte Reparatur- und Ergänzungsarbeiten zwecks Behebung der während der Garantiezeit eingetretenen Mängel und Schäden"

Hier ist anzunehmen, daß die generelle Formel "alle Mängel zu beseitigen" durch die Betonung von Reparatur- und Ergänzungsarbeiten eine Begrenzung des Herstellungsanspruchs auf Ausbesserung erfahren soll.

- 6) Vertrag Kraftwerk Vianden, Luxemburg, zwischen
MAN und dem Großherzogtum Luxemburg, 1958:

"Falls ein Teil als fehlerhaft anerkannt wird,
hat der Hersteller diesen Fehler auf seine
Kosten ... durch Wiederinstandsetzung oder
durch einfachen Ersatz der fehlerhaften Teile
zu beheben ...

Außerdem wird die Garantiezeit im Falle einer
Ersetzung oder eines Ersatzes eines wichtigen
als schadhaft anerkannten Teiles ... verlängert."

Die letzte Formel dieses Vertrages gibt Hinweise dafür,
daß es unter Umständen zur Neuherstellung in diesem Ver-
trage kommen kann.

Auffallend ist, wie diese Bauverträge der Praxis in der
Formulierung der Gewährleistung den Formularbedingungen
der Industrie ähneln. Dies ist darauf zurückzuführen,
daß es sich bei den Bauten mit technischen Zwecken um
ähnliche Objekte wie in denen der Formularbedingungen
handelt. Die heute verwandten Klauseln waren auch schon
zur Zeit Wüstenhöfners üblich.¹⁾

Nur in einem Falle (Nr. 5) wird die Neuherstellung als
Mittel der Mangelbeseitigung ausgeschlossen. In den
übrigen Fällen ist die Neuherstellung Recht und Pflicht
des Unternehmers. Insoweit gelten die zu den Formularbe-
dingungen der Eisen verarbeitenden Industrie gemachten
Ausführungen.

Ergebnis:

Im Baugewerbe kann der Herstellungsanspruch nach Ab-
nahme ein Anspruch auf Neuherstellung sein. Sowohl nach
der VOB, den allgemein üblichen Lieferbedingungen und
Verträgen ist die Neuherstellung Recht und Pflicht des
Unternehmers.

1) Tatsachen und Normen ...S. 182 und 183

Zusammenfassung:

In der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau und im Baugewerbe haben bei entsprechend tiefgreifendem Mangel im Werk Unternehmer und Besteller grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung.

§ 7

Mangel in der Leistungsfähigkeit des gelieferten Werkes

I. Die Garantie für die Leistungsfähigkeit vor und nach Abnahme eines Werkes

Die Leistungsfähigkeit des Werkes ¹⁾ steht in vielen Formularbedingungen und Verträgen unter ausdrücklicher "Garantie". ²⁾

Ein Mangel in der Leistungsfähigkeit liegt vor, wenn die im Vertrag vorgesehene Leistung (sei es die Leistung eines Motors im engeren Sinne, der Verbrauch, die Geschwindigkeit oder Tragfähigkeit usw.) mit der tatsächlichen nicht übereinstimmt. Meist behandelt ist nur eine Unterschreitung, selten eine Überschreitung gegenüber der im Vertrag vorgesehenen Leistungsfähigkeit. Zu beachten ist, daß nach den Formularbedingungen und

1) Siehe darüber S. 63

2) Siehe darüber S. 62

ertragen ein Mangel in der Leistungsfähigkeit vom Besteller entweder nach Abnahme in der üblichen "Garantiezeit" oder nur bis zur Abnahme, d.h. praktisch während der Abnahmeprüfung, geltend zu machen ist.

So kann z.B. der Besteller nach manchen Formularbedingungen einen Mangel in der Leistungsfähigkeit einer Maschine, nach allen Schiffbauverträge einen Mangel in der Geschwindigkeit oder Leistungsfähigkeit des Schiffes nur vor Abnahme geltend machen.

Andere Formularbedingungen geben dem Besteller Ansprüche wegen eines Mangels in der Leistungsfähigkeit einer maschinellen Anlage auch nach Abnahme, wie auch der Schiffbau dem Besteller Rechte wegen eines Mangels in der Tragfähigkeit nach Abnahme zuerkennt.

Diese unterschiedliche Regelung ist dem Besteller oder Unternehmer weder vorteilhaft noch nachteilig, wie man zunächst annehmen könnte, sondern berücksichtigt nur die praktische Erfahrung des einzelnen Unternehmers mit den verschiedenen Gewährleistungsobjekten: Leistungsfähigkeit einer Maschine, Geschwindigkeit, Tragfähigkeit usw.

Liegen die praktischen Voraussetzungen für eine Prüfung der Leistungsfähigkeit eines Gewährleistungsobjektes zum Zeitpunkt der Abnahme vor, erhält der Besteller nur bis zur Abnahme das Recht, Mängel geltend zu machen. Wird die Leistungsfähigkeit bei der Abnahmeprüfung nachgewiesen, benötigt der Besteller Ansprüche wegen Mangels in der Leistungsfähigkeit nach Abnahme nicht mehr, denn, tritt nach Abnahme eine Leistungsänderung des Werkes ein, ist diese immer zurückzuführen auf einen Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion, für den der Unternehmer nach jener Regelung eintritt, die den Besteller im Zweifel immer besser stellen wird, als ein bloßes Eintreten des Unternehmers für Mängel in der Leistungsfähigkeit des Werkes.

Läßt sich andererseits die Mangelfreiheit in der Leistung erst nach Abnahme feststellen, z.B. die Tragfähigkeit eines Schiffes auf hoher See, die Leistungsfähig-

keit einer maschinellen Anlage nach einer gewissen Anlaufzeit, hat der Besteller immer das Recht, Mängel nach Abnahme in der Leistung zu rügen.

Da die unterschiedliche Regelung mit Nachteilen für den Besteller somit nicht verbunden ist und der Interessenlage von Unternehmer und Besteller entspricht, sollen die Mängel in der Leistungsfähigkeit eines Werkes nicht nach Ansprüchen vor und nach Abnahme unterschieden, sondern einheitlich dargestellt werden.

Da bei einem Mangel in der Leistungsfähigkeit des Werkes, der nicht auf einen Mangel im Material oder der Ausführung zurückzuführen ist, eine Ausbesserung meist nicht möglich sein wird, ist hier die Stellungnahme der Praxis zum Anspruch auf Neuherstellung von besonderem Interesse.

II. Die Eisen verarbeitende Industrie

Untersuchtes Material:

31 Lieferbedingungen

- 1) 27 Lieferbedingungen betrachten Fehlen zugesicherter Eigenschaften als Mangel
 - a) 20 Lieferbedingungen ohne besondere Regelung für Fehlen zugesicherter Eigenschaften
 - b) 7 Lieferbedingungen mit besonderer Regelung für Fehlen zugesicherter Eigenschaften
- 2) 4 Lieferbedingungen sichern grundsätzlich keine Eigenschaften ihres Werkes zu.
 - a) 2 Lieferbedingungen, weil Werkgegenstand aus einem Teil und selbsttätig keine Leistung vollbringt
 - b) 2 Lieferbedingungen (Großkochanlagen und maschinelle Anlagen) lehnen eine Zusiche-

rung von Eigenschaften ihrer Produktion ohne Gründe ab.

Dieses Bild ergibt sich in etwa ebenfalls bei Prüfung der Einkaufs- und Auslandsbedingungen.

Die meisten Lieferbedingungen "garantieren" nur allgemein für eine zugesicherte Eigenschaft, ohne deren Charakter näher zu beschreiben und ohne besondere Folgen für einen Mangel, in der Leistungsfähigkeit zu bestimmen. In diesen Fällen richtet sich das Eintretenmüssen des Unternehmers nach der Regelung, die für das Vorliegen eines Mangels im Material, der Ausführung oder Konstruktion getroffen wurde. Danach besteht in der Regel ein Herstellungsanspruch, mit dem unter Umständen Neuherstellung verlangt werden kann.

Allerdings kommt es praktisch in vielen Fällen dazu nicht, da die meisten Unternehmer es ablehnen werden, die in ihren Prospekten gepriesene Leistungsfähigkeit ihrer Liefergegenstände als vertragliche Bindung anzuerkennen.

Im Folgenden sollen nur die Lieferbedingungen, die für einen Mangel in der Leistungsfähigkeit eintreten und daran eine besondere Regelung geknüpft haben, behandelt werden. Aus der Vielzahl der in der Praxis gebräuchlichen Regelungen seien zunächst die am häufigsten verwandten angeführt.

Regelung 1 (Großmotoren)

"Werden die gegebenen Leistungs- und Verbrauchszusagen bei der Abnahmeprüfung nicht erreicht, so haben wir die Motoren unter Ausschuß weiterer Rechtsfolgen nach unserer Wahl und auf unsere Kosten in angemessener Frist umzuändern oder auszuwechseln.

Werden die Leistungs- und Verbrauchszusagen unter Berücksichtigung der üblichen Toleranzen trotzdem nicht erreicht, so zahlen wir für jedes Prozent der Minderleistung gegenüber der zugesagten Leistung oder des Brennstoffmeherverbrauchs gegenüber dem zugesagten Brennstoffverbrauch eine Vertrags-

strafe von 1/2 v.H. des Wertes des beanstandten Motors, im Höchstfalle jedoch insgesamt nicht mehr als 5 % des Aufpreises des betreffenden Motors."

Regelung 2 (Industrieanlagen)

"Für die Nichterreichung zugesagter Leistungen und Garantien haften wir, sofern uns Leistungsversuche unter zumutbaren Bedingungen unmittelbar im Anschluß an die Fertigstellung in ausreichendem Umfang ermöglicht werden, und zwar unter kostenloser Zurverfügungstellung der erforderlichen Betriebsstoffe und des erforderlichen Personals seitens des Bestellers. Die Haftung beschränkt sich auf die Beseitigung etwaiger Mängel im Rahmen des Zumutbaren. Der Besteller hat uns dabei jede ihm mögliche Hilfe zu gewähren. Ist die Beseitigung des Mangels nicht zumutbar oder wird sie nicht erreicht oder schuldhaft verzögert, so kann der Besteller anstelle der Beseitigung eine Preisminderung verlangen."

Regelung 3 (Maschinen, Apparate, Anlagen)

"Ist eine bestimmte Leistung garantiert, so steht dem Besteller das Recht zu, innerhalb der Gewährfristen der vorstehenden Absätze zu verlangen, daß der Apparat oder die Anlage so umgestaltet wird, wie es zur Erreichung der Garantie notwendig ist."

Regelung 4 (Holzbearbeitungsmaschinen)

"... wird die etwa garantierte Leistungsfähigkeit eines Liefergegenstandes im wesentlichen nicht erreicht, so kann der Besteller nur Rücknahme des Liefergegenstandes verlangen, ohne andere Ansprüche, insbesondere solche auf Schadensersatz, geltend machen zu können."

Regelung 5 (Dampfturbinen)

Dieser Regelung kommt eine besondere Bedeutung deshalb zu, weil sie zwischen Vereinigungen der Hersteller und Besteller ¹⁾ ausgehandelt worden ist und sie deshalb in dieser Branche allgemein angewandt wird, im Gegensatz zu den Beispielen 1 - 4, die jeweils ausschließlich nur für einen Unternehmer und dessen Bestellerkreis gelten.

"Dem Lieferer liegt ferner die Pflicht zur Nachlieferung bzw. Ersatzlieferung ob, wenn Versuche und

1) Zentralverband der elektrotechnischen Industrie und
Vereinigung der Elektrizitätswerke

Messungen die Nichteinhaltung der Zusicherungen ergeben haben.

Für jedes volle Prozent, um welches die bei den Abnahmeversuchen ermittelten Leistungen des Maschinensatzes innerhalb der verbandsmäßigen Erwärmungsgrenzen unter der vertragsmäßigen Leistung bleibt, ist der Besteller berechtigt einen Abzug von je 1 % des Abrechnungspreises zu machen. Die Rechte des Bestellers auf Mangelbeseitigung und auf Rücktritt bleiben unberührt.

Für jedes angefangene Prozent Mehrverbrauch an Dampf für die kWh als vertraglich zugesichert, ist der Besteller berechtigt, bei Kondensations-turbinen einen nach der folgenden Tabelle berechneten Abzug von Abrechnungspreisen zu machen .. Der Besteller hat ein Rücktrittsrecht bei Minderleistung nur dann, wenn die bei den Abnahmeversuchen ermittelte Leistung des Maschinensatzes innerhalb der verbandsmäßigen Erwärmungsgrenzen 10 % oder mehr unter der vertragsmäßigen Leistung bleibt, ..."

Regelung 6 und 7 (Maschinen)

"Werden bei der Abnahme die vereinbarten Leistungs- und Verbrauchszusagen nicht erreicht, so hat der Lieferer unter Ausschluß weiterer Rechtsfolgen nach seiner Wahl die Anlage auf seine Kosten in angemessener Frist umzuändern oder auszuwechseln oder gegen Rückgabe der Anzahlung zurückzunehmen.

Ein Anspruch auf Wandelung oder Minderung steht dem Besteller nicht zu."

Die in der Eisen verarbeitenden Industrie üblichen Regelungen bei Mangel in der Leistungsfähigkeit sind zu verschieden, um daraus allgemeine Folgerungen zu ziehen.

In allen Beispielen mit Ausnahme der Regelungen 4, 6 und 7 hat der Besteller einen Herstellungsanspruch. Dies folgt aus den Formulierungen "haben wir", "haften wir", "steht dem Besteller das Recht zu", "dem Lieferer liegt die Pflicht ob".

Aus dem Wortlaut "umzuändern oder auszuwechseln" (Regelung 1), "umgestalten" (Regelung 3) oder "Nachlieferung bzw. Ersatzlieferung" (Regelung 5) folgt, daß dem Besteller in diesen Fällen mehr gegeben werden sollte, als nur ein Anspruch auf Mangelbeseitigung. Nach diesen Regelungen kann dem Besteller prinzipiell ein Anspruch auf Neuherstellung zustehen.

In diesen Fällen und in den Beispielen 6 und 7 hat auch der Unternehmer grundsätzlich ein Recht auf Neuherstellung. Von diesem Recht wird er allerdings wenig Gebrauch machen wollen, im Gegensatz zu der Regelung bei Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion, die grundsätzlich nur den Herstellungsanspruch kennt; sind in den meisten Fällen bei Mangel in der Leistungsfähigkeit Minderung (Preisnachlaß, Vertragsstrafe, "Abzug") und Rückgabe als weitere Rechte vorgesehen.

Der Unternehmer wird deshalb in den Beispielen 1, 2 und 5 einer drohenden Neuherstellung durch Minderung und in den Beispielen 4, 5, 6 und 7 unter Umständen durch Rücknahme zu entgegen versuchen.

III. Der Schiffbau

Im Schiffbau wird in jedem Vertrag streng nach den beiden Gewährleistungsbereichen unterschieden.

Tragfähigkeit, Geschwindigkeit des Schiffes und Brennstoffverbrauch der Motoren stehen, wie sich aus den folgenden Regelungen ergibt, unter besonderer Gewähr:

Regelung 1:

"Die Werft gewährleistet für das betriebsfertige Schiff folgende Tragfähigkeit: Das Schiff soll bei einem Tiefgang von ca. 9.65 m 16.200 TSA l 016 Kg in Seewasser tragen ... Sollte die Tragfähigkeit von 16.200 TSA l 016 kg bei diesem Tiefgang nicht erreicht werden, so tritt eine Preisermäßigung ... ein.
Wird die Tragfähigkeit um mehr als 250 TSA l 016 kg unterschritten, so steht dem Reeder das Recht des Rücktritts vom Vertrage zu, sofern die Werft nicht in angemessener Zeit den Mangel behebt."

Regelung 2:

"Die Geschwindigkeit des Schiffes wird von der Werft wie folgt gewährleistet: Fall die Geschwindigkeit von 13,6 Knoten nicht erreicht wird, steht es der Werft frei, Vergütung zu gewähren. Bleibt die Geschwindigkeit unter 13,4 Knoten, so zahlt die Werft dem Reeder für jeden vollen 1/10 Knoten, um den die Geschwindigkeit unter 13,4 Knoten liegt, eine Vergütung von Durch Vergütung dieses Betrages entfällt jeder weitere Anspruch des Reeders der Werft gegenüber. Beträgt die Geschwindigkeit weniger als 13,00 Knoten, so steht dem Reeder das Recht zu, die Annahme des Schiffes zu verweigern, sofern die Werft nicht in angemessener Zeit den Mangel behebt und den Nachweis der Erfüllung der Geschwindigkeitsbedingungen führt."

Regelung 3:

"Der Brennstoffverbrauch des Hauptmotors einschließlich der zu seinem Betrieb erforderlichen Hilfsmaschinen ... soll nicht mehr als 27 t pro Tag betragen. Sollte der Verbrauch mehr als 28,5 t pro Tag betragen, so zahlt die Werft für jedes weitere Prozent Mehrverbrauch eine Entschädigung von DM ... Übersteigt der Verbrauch 30 t pro Tag, so ist der Reeder berechtigt, die Abnahme der Motorenanlage zu verweigern, wenn die Werft nicht in angemessener Zeit den Mangel behebt."

Dem Besteller ist in allen Verträgen des Schiffbaus in keiner Form ein Herstellungsanspruch gegeben. Je nach dem Grad der Minderung der Leistung kann er hoffen, einen Preignachlaß zu erhalten (Regelung 2), hat er einen Anspruch auf Minderung (Regelung 1 und 3) oder kann er die Annahme verweigern bzw. vom Vertrag zurücktreten, sofern nicht der Unternehmer in diesem Fall von dem ihm hier zustehenden Mangelbeseitigungsrecht Gebrauch macht.

Die vorliegenden Vertragstexte lassen offen, in welcher Form der Unternehmer die Beseitigung des Mangels vornimmt, sodaß der Unternehmer bei Leistungsmangel grundsätzlich das Recht zur Neuherstellung hat. Von diesem Recht wird er jedoch im Schiffbau kaum Gebrauch machen, er wird es in der Regel nur dann, wenn er preis-

günstig das leistungsschwache Schiff an einen Dritten veräußern kann. Darauf braucht sich der Besteller jedoch nur einzulassen, wenn die Neuherstellung in angemessener Zeit möglich ist, was in der Regel nicht der Fall sein wird.

Regelung 4:

"Falls die Werft ihre Leistungen überschreitet (frühere Ablieferung des Schiffes, größere Tonnage, höhere Geschwindigkeit) gelten die Vorschriften über Unterschreitung sinngemäß zugunsten der Werft und der Reeder hat eine entsprechende Vergütung an die Werft zu zahlen."

Ergebnis:

Bei einem Mangel in der Leistungsfähigkeit des Schiffes steht dem Besteller nie, dem Unternehmer grundsätzlich ein Anspruch auf Neuherstellung zu, von dem er aber praktisch keinen Gebrauch machen wird.

Zu diesem Ergebnis kam schon Wüstendörfer in der Auslegung der 1919 üblichen Klauseln.¹⁾

IV. Das Baugewerbe

Die Leistungsfähigkeit eines Werkes spielt im Baugewerbe naturgemäß nur dann eine Rolle, wenn es sich um ein technisches Bauwerk handelt, d.h. wenn z.B. maschinelle Einrichtungen Bestandteil eines Bauwerks sind.

Als Beispiel sei ein im Jahre 1958 zwischen der Firma MAN und dem Großherzogtum Luxemburg abgeschlossener Vertrag über das Kraftwerk VIANDEN angeführt:

1) Tatsachen und Normen ...Sp. 178 f. (Sp. 180, 182, 183)

Regelung 1):

"Werden die gegebenen Garantien nicht eingehalten, so hat der Bauherr das Recht: entweder bei jedem als fehlerhaft anerkannten Stück und falls es sich um eine ungenügende Leistung der Gesamtheit handelt, die Annahme zu verweigern, oder gegebenenfalls in bestimmten Grenzen die im Vertragswerk vorgesehenen Strafen anzuwenden, oder die gesamte Lieferung zu verweigern."

An dieser Regelung fällt auf, daß dem Unternehmer ein Anspruch auf Mangelbeseitigung nicht eingeräumt worden ist. Nach Vertragsabschluß setzte die Firma MAN noch folgende Zusatzvereinbarung durch:

"Die in Artikel ... getroffene Festlegung, wonach der Bauherr das Recht der Annahmeverweigerung hat, ist so auszulegen, daß der Bauherr davon Gebrauch macht, wenn der Unternehmer innerhalb angemessener Frist nicht in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen."

Die Interessenlage der Vertragsparteien dieses Beispiels wird durch die Zusatzvereinbarung besonders deutlich. Während das Großherzogtum Luxemburg bei einem Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion des Kraftwerkes sich einen Herstellungsanspruch mit möglicher Neuherstellung vorbehält, ¹⁾ ist es an diesem Recht bei einem Mangel in der Leistungsfähigkeit des Kraftwerkes im Gegensatz zum Unternehmer nicht interessiert. Es begnügt sich mit dem Recht der Minderung und dem der Annahmeverweigerung, um einer möglicher Weise doch nicht zum Erfolg führenden Mangelbeseitigung aus dem Wege zu gehen.

Den Interessen des Unternehmers entspricht es dagegen, vor der ihn in jedem Fall hart treffenden Annahmeverweigerung zunächst die Beseitigung des Mangels zu versuchen, wenn auch die Chancen, ihn zu beseitigen, meist geringer sind, als dies bei einem Mangel in der Ausführung oder Konstruktion oder im Material der Fall ist.

Im übrigen kann auf Grund der Natur des Liefergegenstandes für ein technisches Bauwerk angenommen werden,

1) Siehe Seite 104

daß sich die Regelungen für einen Mangel in der Leistungsfähigkeit gegenüber den im Maschinenbau üblichen nicht unterscheiden werden.

Eine besondere Rolle kommt daher den Regelungen des Baugewerbes in diesem Falle nicht zu.

Ergebnis:

Der Besteller hat nach den Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie einen Anspruch auf Beseitigung eines Mangels in der Leistung des Gesamtwerkes. Er kann grundsätzlich Neuherstellung verlangen.

Im Schiffbau steht ihm ein Herstellungsanspruch in keiner Form zu.

Der Unternehmer hat sich bei Mangel in der Leistungsfähigkeit das Recht der Mangelbeseitigung meist nur vorbehalten, wenn er seinerseits dem Besteller ein Recht auf Minderung oder Abnahmeverweigerung bzw. Rücktritt eingeräumt hat. Der Interessenlage entsprechend, ist seine Befugnis zur Beseitigung eines Mangels durch Ausbesserung oder auch durch Neuherstellung nicht als Anspruch sondern mehr als Ausweichmöglichkeit zu verstehen. Nur, wenn er Minderung- oder Rücktrittsandrohung des Bestellers durch eine ihm nicht schwer fallende Ausbesserung beseitigen zu können glaubt, wird er vor seinem Recht auf Mangelbeseitigung Gebrauch machen wollen. Wäre jedoch eine Neuherstellung erforderlich, so wird er es in der Regel bei einer Minderung oder auch bei einem Rücktritt des Bestellers belassen. Insoweit kommt der Neuherstellung, die der Unternehmer meistens auf Grund eines Mangelbeseitigungsrechts grundsätzlich vornehmen könnte, wenig praktische Bedeutung zu.

Die Praxis ist meist bemüht, Mängel in der Leistungsfähigkeit des Gesamtwerkes, sofern es sich nicht um einen leicht zu beseitigenden Mangel handelt, dadurch auszugleichen, daß Unternehmer und Besteller sich über einen Preisnachlaß einigen.

Im folgenden Beispiel gelang es dem Unternehmer durch eine solche Vereinbarung einer ihm drohende Neuherstellung bzw. einem Rücknahmeverlangen aus dem Wege zu gehen.:

"Gegenstand der Besprechung war die Inanspruchnahme der Firma X aus Gewährleistung, weil die gelieferten Pumpen statt des zugesicherten 90 %igen Wirkungsgrades nur einen solchen von 84 % erreichen ...

Unter Berücksichtigung der nach den VDI-Abnahme-regeln zulässigen Toleranz bleibt ein Ausfall von 4 %. Die Firma X ist grundsätzlich bereit, für diesen Ausfall aufzukommen. Sie wird aber weitere Versuche zur Verbesserung des Wirkungsgrades durchführen. Solange diese Untersuchungen nicht zu einer Verbesserung des Wirkungsgrades der gelieferten Pumpen führen, stellt die Wasser- und Schifffahrtsdirektion der Firma X die Strommehrkosten in Rechnung, die durch den schlechten Wirkungsgrad der Pumpen im Laufe eines Jahres unter Zugrundelegung des Tarifes der RWE entstehen. Die Firma X wird diese jeweils begleichen. Diese Regelung gilt ab 1. 5. 1956 auf 25 Jahre, längstens aber für die Dauer des Betriebes dieser Pumpen. Für den Fall, daß der Wirkungsgrad durch Verbesserungen erhöht wird, vermindert sich in entsprechendem Maße die jährlich zu zahlende Ausfallentschädigung."

Der zum Ausgleich bei Mangel in der Leistungsfähigkeit des Gesamtwerkes von der Praxis eingeschlagene Weg entspricht der Interessenlage beider Parteien. Der Besteller erhält für ~~an~~ an sich einwandfreies aber leistungsschwaches Werk eine Entschädigung. Auf eine Mangelbeseitigung, die unter Umständen doch nicht zum Ziele führt, braucht er sich nicht einzulassen. Bei Rücktritt müßte er entweder auf das Werk überhaupt verzichten, oder einen anderen Unternehmer beauftragen, der ihm möglicher Weise wieder ein leistungsstarkes Werk nicht liefern kann.

Eine mögliche Neuherstellung oder Rücktritt würde den Unternehmer auf dem alten, an sich ~~ein~~ einwandfreien Werk sitzen lassen. Eine Minderung, die für den Unternehmer möglichen Verzicht auf Gewinn und sogar erheblichen Verlust bedeuten kann, wird er im Zweifel am ehesten in Kauf nehmen.

Diese Regelung ist auch die volkswirtschaftlich am meisten zu billigende, da sie den einmal geschaffenen Wert seiner Zweckbestimmung zuführt.

Zusammenfassung:

Bei einem Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion können Unternehmer und Besteller in der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau und im Baugewerbe nach Abnahme grundsätzlich Neuherstellung verlangen.

Bei einem Mangel in der Leistungsfähigkeit hat der Unternehmer in der Eisen verarbeitenden Industrie (so auch im Baugewerbe) und im Schiffbau grundsätzlich das Recht der Neuherstellung.

Der Besteller hat in der Eisen verarbeitenden Industrie (so auch im Baugewerbe) nur nach manchen Formularbedingungen grundsätzlich einen Anspruch auf Neuherstellung. Dieser grundsätzliche Anspruch steht ihm jedoch nach manchen Formularbedingungen in diesen Fällen nur zu, wenn wegen der Größe des Mangels eine Minderung nicht in Betracht kommt.

Im Schiffbau wird ihm in keinem Fall ein Anspruch auf Neuherstellung gewährt.

§ 8

Wann treten die Rechtsfolgen für Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion ein und wann die für Mängel in der Leistungsfähigkeit des Werkes ?

Die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen, die die Pra-

xis an einen Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion einerseits und an einen Mangel in der Leistungsfähigkeit andererseits knüpft, macht die Beantwortung der Frage notwendig, welche Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels im einzelnen Falle zum Zuge kommen.

Kein Problem entsteht, wenn nur ein Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion und kein Mangel in der Leistungsfähigkeit gegeben ist. In diesem Fall finden die Rechtsfolgen aus dem ersten Gewährleistungsbereich Anwendung.

Ein Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion braucht einen Mangel in der Leistungsfähigkeit nicht zur Folge zu haben. So kann z.B. ein mangelhaft konstruierter Schiffskörper trotzdem die nötige Tragfähigkeit besitzen oder z.B. eine schlecht verchromte Maschine dennoch in der Leistung einwandfrei sein.

Problematisch ist jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein Mangel sowohl im ersten als auch im zweiten Gewährleistungsbereich vorliegt.

Ein Mangel in der Leistungsfähigkeit, für den der Unternehmer verantwortlich sein soll, muß - abgesehen von dem Fall einer fehlerhaften Montage, auf den hier nicht eingegangen zu werden braucht - immer zurückführbar sein auf einen Fehler im Material, der Ausführung oder Konstruktion. Dies folgt aus dem Sinn und Wortlaut des untersuchten Materials. Bloße Mängel in der Leistungsfähigkeit des Werkes scheiden daher aus.

Läßt sich ein Mangel in der Leistungsfähigkeit zurückführen auf einen Fehler im Material oder der Ausführung, kommen immer nur die Rechtsfolgen aus dem ersten Gewährleistungsbereich zum Zuge. Nur diese Auslegung ist aus dem Gesamtinhalt der Formularbedingungen und Verträge zulässig, da ja gerade Mängel im Material oder der Ausführung

beseitigt werden sollen. Eine entgegengesetzte Auslegung wäre nur denkbar, wenn sich in den Formularbedingungen und Verträgen ein ausdrücklicher Hinweis dafür finden ließe.

Ist deshalb z.B. die mangelhafte Tragfähigkeit eines Schiffes darauf zurückzuführen, daß der Schiffskörper aus schlechtem Material erstellt worden ist und Wasser durchläßt, kann der Besteller Beseitigung des Mangels durch Ausbesserung oder Neuherstellung verlangen und ist nicht auf einen Minderungsanspruch beschränkt, der in seiner Höhe möglicherweise begrenzt ist.

Bei einem Mangel in der K o n s t r u k t i o n sind 2 Gruppen von Fehlern zu unterscheiden.

Dazu folgender Fall:

Bestellt ist eine elektrische Kaffeemaschine, die in der Lage sein soll, in einer Stunde einen Zentner Kaffee zu mahlen. Äußert sich ein Mangel in der Konstruktion dahin, daß die Kaffeemaschine überhaupt nicht in der Lage ist, Kaffee zu mahlen, z.B. weil die einzelnen Teile falsch zusammengesetzt wurden, oder mahlt sie trotz falscher Konstruktion nur "zufällig", so liegt ein Mangel in der Konstruktion vor, für den die Rechtsfolgen aus dem ersten Gewährleistungsbereich zum Zuge kommen. Das heißt, nach der Normalformel der Formularbedingungen können Unternehmer und Besteller grundsätzlich Neuherstellung verlangen.

Äußert sich der Mangel in der Konstruktion hingegen dahin, daß die Maschine zwar Kaffee mahlt, aber nicht einen Zentner, sondern nur 70 Pfund pro Stunde, liegt also an sich eine technisch einwandfreie Konstruktion "70 Pfund-Kaffeemaschine" vor, so handelt es sich doch um eine mangelhafte Konstruktion im Rechtssinn, wenn geschuldet ist eine Kaffeemaschine in einer ganz bestimmten Konstruktion: nicht nur eine gute Konstruktion schlechthin, sondern eine, mit der der vertraglich vorgesehene Erfolg erreicht werden kann.

Nur in diesem Falle kommen ausschließlich die Rechtsfolgen aus dem Gewährleistungsbereich 2 in Betracht, was praktisch bedeutet, daß der Besteller unter Umständen keine Neuherstellung verlangen kann, sondern sich eventuell mit einer Minderung begnügen muß.

Das heißt, nur wenn ein Mangel in der Konstruktion vorliegt und nicht auch ein Mangel im Material oder der Ausführung, der als alleinige Folge einen Mangel in der Leistungsfähigkeit des Gesamtwerkes hervorruft, kommen die besonderen Bestimmungen bei Mangel in der Leistungsfähigkeit des Werkes zu Zuge. Das bedeutet, daß die Rechtsfolgen für einen Mangel in der Leistungsfähigkeit praktisch selten Anwendung finden, was erklärt, daß nur ein geringer Prozentsatz der Formularbedingungen und Verträge besondere Bestimmungen für diese Fälle enthält. Die Unternehmer sind sich klar, im Zweifel einer Inanspruchnahme aus den Rechtsfolgen für Mangel im Material, der Ausführung oder Konstruktion doch nicht entgehen zu können und verzichten deshalb auf eine Aufstellung besonderer Rechtsfolgen.

Eine Aufstellung besonderer Rechtsfolgen für einen Mangel in der Leistungsfähigkeit rechtfertigt sich aber insbesondere dann, wenn ein Unternehmer vorwiegend mit der Produktion unerforschter Werkgegenstände befaßt ist, deren Leistungsergebnisse im Voraus unbekannt sind.

4. KAPITEL

§ 9

Der Anspruch auf Neuherstellung im Reparaturvertrag

Unter Reparatur kann man ganz allgemein die Bearbeitung eines bereits bestehenden Gegenstands verstehen zu dem

Zwecke, dem Gegenstand die ursprüngliche oder eine andere Gestalt zu geben. Reparatur setzt begriffsnotwendig einen bereits bestehenden Gegenstand voraus und unterscheidet sich damit von der Neuproduktion. Der Reparaturgegenstand wird dem Unternehmer von dem Besteller zur Bearbeitung übergeben.

Unter Reparatur sollen nicht die Fälle der Gewährleistung des Unternehmers für eine von ihm schlecht hergestellte Sache verstanden werden, wenngleich sie im allgemeinen Sprachgebrauch als Reparaturfälle bezeichnet werden. Wenn es sich demnach nur um Fälle handeln soll, die außerhalb der Gewährleistung liegen, so ist damit nicht gesagt, daß der Gegenstand der Reparatur nicht irgendwann einmal von dem Unternehmer neu produziert worden ist; man denke z.B., daß sich jemand von der Autofirma X einen Sportwagen konstruieren ließ und diesen Wagen zur "Überholung" ein Jahr später in das Werk gibt. Ferner ist nicht gesagt, daß ein Reparaturfall nicht gleichfalls zu einem Gewährleistungsfall werden kann, z.B. dann, wenn eine Reparatur mangelhaft ausgeführt wurde und der Besteller nun Beseitigung der Mängel verlangt. Gegenstand eines Reparaturvertrags kann jede Sache sein, also auch eine Maschine, ein Schiff, ein Haus. Immer handelt es sich um eine ganz spezielle Sache, die der Besteller dem Unternehmer anvertraut und mit der dieser einen ganz bestimmten Erfolg erzielen soll. Die dem Reparaturvertrag zugrunde liegende Vertragsart ist daher in der Regel im Gegensatz zu den Verträgen der Neuproduktion kein Werklieferungsvertrag, sondern ein reiner Werkvertrag.

Demnach geben auch Untergang oder Beschädigung des dem Unternehmer vom Besteller ausgehändigten speziellen Werkes kein Problem der Wiedervornahme der Arbeit am Werk durch den Unternehmer auf, einfach deshalb nicht, weil das Werk nicht mehr existiert und die Leistung des Unternehmers "Reparatur dieses Stückes" unmöglich geworden ist.

Ob er bei bloßer Beschädigung des Werkes, ohne daß seine eigene Werkleistung betroffen ist, verpflichtet ist, die Beschädigung zu beseitigen, ist keine Frage der Neuherstellung, sondern eine der Haftung.¹⁾ Dieser Frage ist hier nicht nachzugehen. Weiter ist nicht zu berücksichtigen, ob der Unternehmer für die z.B. schon begonnene Reparaturarbeit Ersatz für verwandte Zeit und Material vom Besteller verlangen kann.²⁾

Problematisch bleibt dagegen, ob der Unternehmer eine mangelhaft ausgeführte Reparaturarbeit nochmals ausführen muß. Darauf ist im folgenden einzugehen.

Reparaturen führen aus das Handwerk und die Industrie. Im eigentlichen Handwerk, im Handwerk ohne Industriecharakter sind Formularbedingungen nicht üblich.³⁾

Handwerksbedingungen, wie sie früher üblich waren⁴⁾ sind heute nicht mehr gebräuchlich. Nur die Industrie und das Großhandwerk, z.B. Autoreparaturwerkstätten und Möbelschreinereien, haben in Ausnahmefällen formulierte Reparaturbedingungen.⁵⁾

-
- 1) Diese Frage der Haftung ist in den Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie selten geregelt. Eine Lieferbedingung lautet:

"Die Haftung des Auftragnehmers für Beschädigung oder Untergang des Auftragsgegenstands beschränkt sich auf die Instandsetzung oder, falls diese nach Verständigung oder nach Sachverständigenfeststellung unmöglich oder mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, auf Ersatz des Wertes des Auftragsgegenstands am Tage der Beschädigung oder des Untergangs."

- 2) In einer Einkaufsbedingung ist bei "Ausschußwerden" eines Werkstückes folgende Regelung getroffen:

"Wird durch Verschulden des Lieferers ein von uns zur Verfügung gestelltes Werkstück Ausschuß, haftet der Lieferer für die Kosten der Bearbeitung des Ausschußstückes, der Beschaffung eines mindestens gleichwertigen Ersatzstückes sowie für die sonstigen durch das Ausschußwerden uns entstehenden Kosten."

- 3) Auskunft der Handwerkskammer der Pfalz v. 4. 7. 60
Nastelski, S. 212
4) Müllereisert, S. 237 f.
5) Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, S. 2226

Die 43 untersuchten Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie finden auf Reparaturverträge grundsätzlich keine Anwendung, da sie auf Werklieferungsverträge zugeschnitten sind.¹⁾

Als Material für die Untersuchung des Reparaturvertrags kommt daher nur in Betracht eine ausdrücklich als Reparaturbedingung gekennzeichnete Formularbedingung oder ausdrückliche Bestimmungen über eine Reparatur in Formularbedingungen.

Von den 43 untersuchten Formularbedingungen der Eisen verarbeitenden Industrie enthalten nur 5 Bestimmungen über die "Gewährleistung" in Reparaturfällen. Sie sind zum Teil in Lieferbedingungen und Auslandsbedingungen enthalten, während die vorliegenden Einkaufsbedingungen darüber in keinem Falle eine Regelung vorsehen.

Neben diesen 5 Kurzbestimmungen sind weitere 4 ausdrücklich als Reparaturbedingungen gekennzeichnete Formulare Gegenstand der folgenden Untersuchungen. Gemeinsam ist diesen 9 Bedingungen, daß sie grundsätzlich nicht unterscheiden, ob ein Mangel vor oder nach Abnahme auftritt. Im übrigen gleicht kaum eine Reparaturbedingung der anderen. Die untersuchten Fälle sollen daher im einzelnen aufgeführt werden.

- 1) "Da die Instandsetzungs- und Abänderungsarbeiten (wozu auch der Einbau neuer Teile in gebrauchte Maschinen gehört) an gebrauchten Teilen und teilweise an uns unbekannten Baustoffen auszuführen sind, können wir eine Gewähr für diese Arbeiten und für den einwandfreien Betrieb nicht übernehmen. Hierfür lehnen wir jede Haftung ab." 2)

1) So schon Oertmann, Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften ... S. 774, Sp. 1

2) "Bedingungen für Instandsetzungs- bzw. Abänderungsarbeiten und für Monteurstellung, nur gültig für Aufzüge", Firma MAN, Werk Gustavsburg, 1. X. 1959

Noch weitergehend ist die folgende Formularbedingung, nach der der Unternehmer auch für Mängel, hervorgerufen durch seine Reparaturarbeiten, nicht einstehen will:

- 2) "Aufträge auf Vornahme von Reparaturarbeiten aller Art oder auf Lieferung von Teilen zu Maschinen und Vorrichtungen fremder Herkunft, nehme ich nur unter Ausschluß jedweder Haftung an. Ich stehe also weder für einen Erfolg der Reparaturarbeiten, noch dafür ein, daß nicht infolge der Reparaturarbeiten anderweitige Mängel entstehen oder zutage treten." 1)
- 3) "Bei Übernahme von Reparaturaufträgen sowie bei Umänderungen und Umbauten alter Maschinen und Anlagen übernehmen wir keine Gewähr." 2)
- 4) "Für Reparaturaufträge wird Garantie nur insoweit geleistet, als dies ausdrücklich vereinbart ist." 3)
- 5) "Für die Instandsetzung und Umarbeitung von Gebäuden, Maschinen und Anlagen, die nicht vom Lieferer erstellt sind, wird keine Haftung übernommen." 4)

Bringt dagegen der Besteller dem Unternehmer eine Maschine zur Reparatur, die er einst von diesem hat erstellen lassen, ist der Unternehmer nach den allgemeinen Bestimmungen der Formularbedingungen grundsätzlich zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet.

2 vorliegende Formularbedingungen des Fahrzeughaus haben

-
- 1) "Geschäftsbedingungen der Firma Henschel & Sohn GmbH, Kassel, für die Ausführung von Instandsetzungsarbeiten an Kraftfahrzeugen, l. I. 1950."
 - 2) "Allgemeine Verkaufs- und Lieferungsbedingungen (J 428)" Firma Klöckner-Humboldt-Deutz AG, Werk Humboldt.
 - 3) "Verkaufs- und Lieferungsbedingungen", Firma IBAG Neustadt Weinstr., 1959
 - 4) "Allgemeine Bedingungen für die Lieferung von Stahlbauten, Maschinen und maschinelle Anlagen", Firma Hein, Lehmann & Co., AG, Düsseldorf

diese in etwa gleichlautende Bestimmung getroffen:

- 6) "Die Gewährleistung des Auftragnehmers beschränkt sich auf die Verpflichtung, den Mangel in seiner Werkstatt zu beseitigen. Die Gewährleistung für nicht selbst hergestellte Teile und Fremdleistungen beschränkt sich nach Wahl des Auftragnehmers auf die Abtretung der ihm gegen seinen Lieferanten wegen etwaiger Mängel zustehenden Ansprüche oder kostenlose Ersatzlieferung oder Instandsetzung der mangelhaften Teile. Für Bereifung, Batterien und Rundfunkgeräte beschränkt sich die Gewähr des Auftragnehmers auf die gegen seinen Lieferanten wegen etwaiger Mängel zu stellenden Ansprüche. Eine Gewährleistung wird nicht übernommen für behelfsmäßige Instandsetzungen, die auf Verlangen des Auftraggebers vorgenommen werden." 1)

Danach ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet und berechtigt, den Mangel zu beseitigen, gleich, ob es sich um die Ausbesserung oder Ersetzung eines von ihm selbst hergestellten Teiles handelt oder ob er z.B. in einem Falle der Nichtverwendung von Material die Arbeitsleistung noch einmal erbringen soll.

Gibt der Besteller z.B., weil die Benzinzufuhr in seinem Wagen häufig unterbrochen ist, dem Unternehmer den Auftrag, die Benzinleitung zu reinigen und stellt sich nach Abnahme heraus, daß die Benzinleitung nicht ordentlich gesäubert worden ist, dann ist es das Recht des Bestellers, vom Unternehmer zu verlangen, daß er die Benzinleitung erneut reinigt. Insoweit kann man davon sprechen, daß der Unternehmer - ohne daß es ausdrücklich in den Formularbedingungen erwähnt ist - mit der allgemeinen Verpflichtung den Mangel zu beseitigen eine Gewähr für den einwandfreien Betrieb des Bearbeitungsgegenstandes - hier Säuberung der Benzinzufuhr - übernommen hat.

Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Neuherstellung. Hat nämlich der Unternehmer den gesamten oder doch den wesentlichen Arbeitsvorgang auf seine Kosten noch einmal vorgenommen, hat er neu hergestellt. 2)

1) Reparaturbedingungen der Firma Mercedes-Benz

2) Siehe Seite 17 und 26

Für nicht selbst hergestellte Teile (nicht unterschieden, ob dieses Teil neu oder alt ist) behält sich der Unternehmer das Recht vor zu wählen, ob er die ihm zustehenden Ansprüche abtreten oder Mängelbeseitigung, sei es durch Ersatz der Teile, sei es durch Ausbesserung, vornehmen will.

Behelfsmäßige Instandsetzungen auf Verlangen des Bestellers stehen immer außerhalb der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung.

Abgesehen von dem Falle nicht selbst hergestellter Teile und Fremdleistungen ist der Unternehmer grundsätzlich zur Mängelbeseitigung und damit unter Umständen zur Neuherstellung berechtigt und verpflichtet.

- 7) "Die uns übertragenen Arbeiten werden wir so sorgfältig wie möglich ausführen. Da diese Arbeiten, wozu auch der Einbau neuer Teile in gebrauchte Maschinen gehört, an gebrauchten Teilen und teilweise an uns unbekannten Baustoffen auszuführen sind, übernehmen wir keine Gewähr für den einwandfreien Betrieb des Bearbeitungsgegenstands. Neue Ersatzteile ... werden von uns unter Ausschluß weiterer Ansprüche ohne Übernahme der Kosten für Ein- und Ausbau, Fracht und sonstige Nebenleistungen - nach unserer Wahl unentgeltlich ausgebessert oder ersetzt." 1)

Ein Neuherstellungsanspruch wegen eines Mangels in der Leistungsfähigkeit des Werkes kommt für den Besteller nach allen Reparaturbedingungen nicht in Betracht. Dagegen ist der Unternehmer zur Neuherstellung unter Umständen dann berechtigt und verpflichtet, wenn er die mangelhaften Teile des Reparaturgegenstands durch nicht einwandfreie ersetzt hat, gleichgültig, von wem die ersetzten Teile hergestellt wurden. 2)

1) "Bedingungen für im Werk durchzuführende Instandsetzungs-, Überholungs- und sonstige Auftragsarbeiten" Firma MAN, Werk Augsburg, 1959. Vergl. die für den Besteller wesentlich härteren Bedingungen derselben Firma des Werkes Gustavsburg, S.

2) vergl. die Ausführungen unter Neuproduktion, S. 69 f.

- 8) "Bei Instandsetzungsarbeiten wird vom Lieferer lediglich Gewähr für die ordnungsgemäße Ausführung der betreffenden Arbeiten übernommen. Sollten letztere wider Erwarten vom Lieferer zu vertretende Mängel aufweisen, so wäre ihm hierüber spätestens 4 Wochen nach Versandbereitschaft bzw. Beendigung der Arbeiten schriftliche Mitteilung zu machen. Unter diesen Voraussetzungen würden die Mängel vom Lieferer innerhalb angemessener Frist auf seine Kosten beseitigt werden. Ansprüche irgendwelcher Art, die über das in diesem Absatz gesagte hinausgehen, sind ausgeschlossen." 1)

Nach dieser Reparaturbedingung ist der Unternehmer grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, schlechte Arbeit durch bessere zu ersetzen, was unter Umständen einer Neuherstellung gleichkommen kann.

Ergebnis:

Die Gewährleistungsregelung der meisten Reparaturbedingungen steht unter dem Motto des Unternehmers:
"Was der Bauer nicht kennt, frißt er nicht".

Daher begrenzen die einen Bestimmungen ihre Gewährleistung auf die Teile, die sie entweder selbst hergestellt haben oder die neu sind. Andere gehen noch weiter und glauben sogar für ihre neuen Teile, die mit alten, unbekannten Teilen arbeiten, eine Gewähr ablehnen zu müssen. Schließlich lehnt ein Großteil eine Gewähr überhaupt ab, gleich, ob die Leistung in der Lieferung von Material oder in Arbeit besteht. Für die einzelne Regelung wird ganz die Art des einzelnen Betriebes und die Erfahrung des einzelnen Unternehmers maßgebend gewesen sein.

Für die Ansprüche auf Neuherstellung des Unternehmers und Bestellers ist festzuhalten, daß ihnen in vielen Reparaturverträgen der Praxis ein, wenn auch bescheidener, Platz eingeräumt ist.

1) "Bedingungen für Lieferungen von Maschinen nach dem Ausland", Firma Friedr. Krupp, Rheinhausen

Zusammenfassung des Ergebnisses:

Die Arbeit hat ergeben, daß in der Eisen verarbeitenden Industrie, im Schiffbau und im Baugewerbe bei Untergang, Beschädigung und Mangel des Werkes die Neuherstellung als Anspruch des Unternehmers und des Bestellers weitgehend grundsätzlich anerkannt ist. Während Mangelbeseitigung und Neuherstellung im reinen Werkvertrag nur eine untergeordnete Rolle spielen, sind sie bei dem Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen oft die einzigen Ansprüche, die die Parteien nach dem Recht der Praxis stellen können.

Die Ausdehnung des Herstellungsanspruchs bis zum Anspruch auf Neuherstellung ist eine Verschärfung der Erfüllungspflicht des Unternehmers. Sie entspricht der Abschwächung der Gewährleistungsrechte Wandlung, Minderung und Schadensersatzanspruch. Die Neuherstellung ist somit wirtschaftlich das Regulativ zur Ausgleichung für den Verlust der gesetzlichen Gewährleistungsrechte geworden.

Die Bedeutung des Anspruchs auf Neuherstellung in der Praxis ist jedoch nicht zu übertreiben, da eine Neuherstellung, bedingt durch die technisierte Zusammensetzung heutiger Industrieleistungen, nicht oft notwendig wird.

VDMA

Allgemeine Bedingungen für Lieferung von Maschinen

(Fassung 1948 für Inlandsgeschäfte)

I. Angebot

1. Erste Angebote werden in der Regel kostenlos abgegeben. Weitere Angebote und Entwurfsarbeiten werden nur unentgeltlich ausgeführt, wenn der Liefervertrag rechtswirksam zustande kommt und bleibt.
2. Die zu dem Angebot gehörigen Unterlagen wie Abbildungen, Zeichnungen, Gewichts- und Maßangaben sind nur annähernd maßgebend, soweit sie nicht ausdrücklich als verbindlich bezeichnet sind. An Kostenanschlägen, Zeichnungen und anderen Unterlagen behält sich der Lieferer Eigentums- und Urheberrecht vor; sie dürfen Dritten nicht zugänglich gemacht werden. Der Lieferer ist verpflichtet vom Abnehmer als vertraulich bezeichnete Pläne nur mit dessen Zustimmung Dritten zugänglich zu machen.

II. Umfang der Lieferung

1. Für den Umfang der Lieferung ist die schriftliche Auftragsbestätigung des Lieferers maßgebend. Nebenabreden und Änderungen bedürfen der schriftlichen Bestätigung des Lieferers.
2. Schutzvorrichtungen werden insoweit mitgeliefert, als dies vereinbart ist.

III. Preis und Zahlung

1. Die Preise gelten mangels besonderer Vereinbarung ab Werk einschließlich Verladung im Werk, jedoch ausschließlich Verpackung.
2. Mangels besonderer Vereinbarung ist die Zahlung bar ohne jeden Abzug frei Zahlstelle des Lieferers zu leisten und zwar
 - 1/3 Anzahlung nach Eingang der Auftragsbestätigung
 - 1/3 sobald dem Besteller mitgeteilt ist, daß die Hauptteile versandbereit sind,der Restbetrag innerhalb eines weiteren Monats.
3. Bei Überschreitung der Zahlungsfristen werden als Jahreszinsen 1 % über dem für den Sitz des Lieferers amtlich anerkannten Bankdiskontsatz, mindestens aber 5 % berechnet, ohne daß es einer Inverzugssetzung bedarf.
4. Die Zurückhaltung von Zahlungen oder die Aufrechnung wegen etwaiger vom Lieferer bestrittener Gegenansprüche des Bestellers sind nicht statthaft.

IV. Lieferzeit

1. Die Lieferfrist beginnt mit der Absendung der Auftragsbestätigung, jedoch nicht vor der Beibringung der vom Besteller zu beschaffenden Unterlagen, Genehmigungen, Freigaben sowie vor Eingang einer vereinbarten An-

zahlung.

2. Die Lieferfrist ist eingehalten, wenn bis zu ihrem Ablauf der Liefergegenstand das Werk verlassen hat oder die Versandbereitschaft mitgeteilt ist.
3. Die Lieferfrist verlängert sich angemessen beim Eintritt unvorhergesehener Hindernisse, die außerhalb des Willens des Lieferers liegen - gleichviel, ob im Werk des Lieferers oder bei seinen Unterlieferern eingetreten - z.B. Betriebsstörungen, Ausschüßwerden, Verzögerungen in der Anlieferung wesentlicher Roh- und Baustoffe soweit solche Hindernisse nachweislich auf die Fertigstellung oder Ablieferung des Liefergegenstandes von erheblichem Einfluß sind.
Die vorbezeichneten Umstände sind auch dann vom Lieferer nicht zu vertreten, wenn sie während eines bereits vorliegenden Verzuges entstehen. Beginn und Ende derartiger Hindernisse wird in wichtigen Fällen der Lieferer dem Besteller baldmöglichst mitteilen.
4. Wenn dem Besteller wegen einer Verzögerung, die infolge eigenen Verschuldens des Lieferers entstanden ist, Schaden erwächst, so ist er unter Ausschluß weiterer Ansprüche berechtigt, eine Verzugsentschädigung zu fordern. Sie beträgt für jede volle Woche der Verspätung $1/2$ v.H., im ganzen aber höchstens 5 v.H. vom Werte desjenigen Teiles der Gesamtlieferung, der infolge der Verspätung nicht rechtzeitig oder nicht zweckdienlich benutzt werden kann.
5. Wird der Versand auf Wunsch des Bestellers verzögert, so werden ihm, beginnend einen Monat nach Anzeige der Versandbereitschaft, die durch die Lagerung entstandenen Kosten, bei Lagerung im Werk des Lieferers mindestens jedoch $1/2$ v.H. des Rechnungsbetrages für jeden Monat berechnet.
Der Lieferer ist jedoch berechtigt, nach Setzung und fruchtlosem Verlauf einer angemessenen Frist anderweitig über den Liefergegenstand zu verfügen und den Besteller mit angemessen verlängerter Frist zu beliefern.
6. Die Einhaltung der Lieferfrist setzt die Erfüllung der Vertragspflichten des Bestellers voraus.

V. Gefahrübergang und Entgegennahme

1. Die Gefahr geht spätestens mit der Absendung der Lieferteile auf den Besteller über, und zwar auch dann, wenn Teillieferungen erfolgen oder der Lieferer noch andere Leistungen, z.B. die Versandkosten oder Anfuhr und Aufstellung übernommen hat.
Auf Wunsch des Bestellers wird auf seine Kosten die Sendung durch den Lieferer gegen Bruch, Transport-, Feuer- und Wasserschäden versichert.

2. Verzögert sich der Versand infolge von Umständen, die der Lieferer nicht zu vertreten hat, so geht die Gefahr vom Tage der Versandbereitschaft ab auf den Besteller über; jedoch ist der Lieferer verpflichtet, auf Wunsch und Kosten des Bestellers die Versicherungen zu bewirken, die dieser verlangt.
3. Angelieferte Gegenstände sind, auch wenn sie unwesentliche Mängel aufweisen, vom Besteller unbeschadet der Rechte aus Abschnitt VII entgegenezunehmen.
4. Teillieferungen sind zulässig.

VI. Eigentumsvorbehalt

1. Der Lieferer behält sich das Eigentum an dem Liefergegenstand bis zum Eingang aller Zahlungen aus dem Liefervertrag vor.
2. Der Lieferer ist berechtigt den Liefergegenstand auf Kosten des Bestellers gegen Feuer-, Wasser-, und sonstige Schäden zu versichern, sofern nicht der Besteller selbst die Versicherung nachweislich abgeschlossen hat.
3. Der Besteller darf den Liefergegenstand weder verpfänden, noch zur Sicherung übereignen. Bei Pfändungen sowie Beschlagnahmen oder sonstigen Verfügungen durch dritte Hand hat er den Lieferer unverzüglich davon zu benachrichtigen.
4. Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts sowie die Pfändung des Liefergegenstandes durch den Lieferer gelten nicht als Rücktritt vom Vertrag, sofern nicht das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 Anwendung findet.

VII. Haftung für Mängel der Lieferung

Für Mängel der Lieferung, zu denen auch das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften gehört, haftet der Lieferer unter Ausschuß weiterer Ansprüche wie folgt:

1. Alle diejenigen Teile sind unentgeltlich nach billigem Ermessen unterliegender Wahl des Lieferers auszubessern oder neu zu liefern, die innerhalb von 6 Monaten (bei Mehrschichtenbetrieb innerhalb von 3 Monaten) seit Inbetriebnahme nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstandes - insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung - unbrauchbar oder in ihrer Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt werden. Die Feststellung solcher Mängel ist dem Lieferer unverzüglich schriftlich zu melden. Ersetzte Teile werden Eigentum des Lieferers.
Verzögern sich der Versand, die Aufstellung oder die Inbetriebnahme ohne Verschulden des Lieferers, so erlischt die Haftung spätestens 12 Monate nach Gefahrübergang.

Für Fremderzeugnisse beschränkt sich die Haftung des Lieferers auf die Abtretung der Haftungsansprüche, die ihm gegen den Lieferer des Fremderzeugnisses zustehen.

2. Das Recht des Bestellers, Ansprüche aus Mängeln geltend zu machen, verjährt in allen Fällen vom Zeitpunkt der rechtzeitigen Rüge an in 6 Monaten, frühestens jedoch mit Ablauf der Gewährsfrist.
3. Es wird keine Gewähr übernommen für Schäden, die aus nachfolgenden Gründen entstanden sind:
Ungeeignete oder unsachgemäße Verwendung, fehlerhafte Montage bzw. Inbetriebsetzung durch den Besteller oder Dritte, natürliche Abnutzung, fehlerhafte oder nachlässige Behandlung - insbesondere übermäßige Beanspruchung ungeeigneter Betriebsmittel, Austauschwerkstoffe, mangelhafte Bauarbeiten, ungeeigneter Baugrund, chemische, elektrochemische oder elektrische Einflüsse, sofern sie nicht auf ein Verschulden des Lieferers zurückzuführen sind.
4. Zur Vornahme aller dem Lieferer nach billigem Ermessen notwendig erscheinenden Ausbesserungen und Ersatzlieferungen hat der Besteller nach Verständigung mit dem Lieferer die erforderliche Zeit und Gelegenheit zu geben, sonst ist der Lieferer von der Mängelhaftung befreit. Nur in dringenden Fällen der Gefährdung der Betriebssicherheit, von denen der Lieferer sofort zu verständigen ist, oder wenn der Lieferer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist, hat der Besteller das Recht, den Mangel selbst oder durch Dritte beseitigen zu lassen und vom Lieferer angemessenen Ersatz seiner Kosten zu verlangen.
5. Von den durch die Ausbesserung bzw. Ersatzlieferung entstehenden unmittelbaren Kosten trägt der Lieferer - insoweit als sich die Beanstandung als berechtigt herausstellt - die Kosten des Ersatzstückes einschließlich des Versandes sowie die angemessenen Kosten des Aus- und Einbaues, ferner, falls dies nach Lage des Einzelfalles billigerweise verlangt werden kann, die Kosten der etwa erforderlichen Gestellung seiner Monteure und Hilfskräfte. Im übrigen trägt der Besteller die Kosten.
6. Für das Ersatzstück und die Ausbesserung wird in gleicher Weise gewährleistet wie für den Liefergegenstand. Die Frist für die Mängelhaftung an dem Liefergegenstand wird um die Dauer der durch die Nachbesserungsarbeiten verursachten Betriebsunterbrechung verlängert.
7. Der Lieferer kann die Beseitigung von Mängeln verweigern solange der Besteller seine Verpflichtungen nicht erfüllt.
8. Durch etwa seitens des Bestellers oder Dritter unsachgemäß ohne vorherige Genehmigung des Lieferers vorgenommene Änderungen oder Instandsetzungsarbeiten wird die Haftung für die daraus entstehenden Folgen aufgehoben.

9. Weitere Ansprüche des Bestellers, insbesondere ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden sind, bestehen nicht.

VIII. Recht des Bestellers auf Rücktritt

1. Der Besteller kann vom Vertrag zurücktreten, wenn dem Lieferer die gesamte Leistung vor Gefahrübergang endgültig unmöglich wird. Er kann auch dann vom Vertrag zurücktreten, wenn bei einer Bestellung gleichartiger Gegenstände die Ausführung eines Teils der Lieferung der Anzahl nach unmöglich wird und er ein berechtigtes Interesse an der Ablehnung einer Teillieferung hat; ist dies nicht der Fall, so kann der Besteller die Gegenleistung entsprechend mindern.
2. Liegt Leistungsverzug im Sinne des Abschnittes IV der Lieferbedingungen vor, und gewährt der Besteller dem im Verzug befindlichen Lieferer eine angemessene Nachfrist mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung ablehne, und wird die Nachfrist durch Verschulden des Lieferers nicht eingehalten, so ist der Besteller zum Rücktritt berechtigt.
3. Tritt die Unmöglichkeit während des Annahmeverzuges oder durch Verschulden des Bestellers ein, so bleibt dieser zur Gegenleistung verpflichtet.
4. Der Besteller hat ferner ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden Mangels im Sinne der Lieferbedingungen durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt. Die angemessene Nachfrist beginnt nicht eher, als bis der Mangel und die Vertretungspflicht des Lieferers anerkannt oder nachgewiesen sind.
5. Ausgeschlossen sind alle anderen weitergehenden Ansprüche des Bestellers, insbesondere auf Wandlung, Kündigung oder Minderung sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchen Schäden, der nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden ist.

IX. Recht des Lieferers auf Rücktritt

Für den Fall unvorhergesehener Ereignisse im Sinne des Abschnittes IV der Lieferbedingungen, sofern sie die wirtschaftliche Bedeutung oder den Inhalt der Leistung erheblich verändern oder auf den Betrieb des Lieferers erheblich einwirken, und für den Fall nachträglich sich herausstellender Unmöglichkeit der Ausführung steht dem Lieferer das Recht zu, ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten.

Schadensersatzansprüche des Bestellers wegen eines solchen Rücktritts bestehen nicht. Will der Lieferer vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen, so hat er dies nach Erkenntnis der Tragweite des Ereignisses unverzüglich dem Be-

steller mitzuteilen und zwar auch dann, wenn zunächst mit dem Besteller eine Verlängerung der Lieferfrist vereinbart war.

Gerichtsstand

Bei allen sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Streitigkeiten ist die Klage bei dem Gericht zu erheben, das für den Hauptsitz oder die die Lieferung ausführende Zweigniederlassung des Lieferers zuständig ist. Der Lieferer ist auch berechtigt, am Hauptsitz des Bestellers zu klagen.

Lebenslauf

Am 4. November 1932 wurde ich in Ludwigshafen am Rhein geboren als Sohn des Rechtsanwaltes Dr. Fritz Weber und seiner Ehefrau Martha, geborene Storke. Ab 1939 besuchte ich die Volksschule in Augustenburg (Dänemark) und Ludwigshafen am Rhein, ab 1943 das Gymnasium in Neustadt an der Weinstrasse. Nach Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1953 studierte ich die Rechte an den Universitäten München, Paris und Heidelberg, wo ich 1957 das Referendarexamen bestand. Seit 1958 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst tätig. 1959 und 1960 setzte ich mein Studium an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz fort. Im Sommer 1960 legte ich das Diplôme Supérieur de Droit Comparé an der Universität in Luxemburg ab. Im Wintersemester 1960/61 war ich Assistent bei Privatdozent Dr. Dr. Kaufmann, Universität Mainz, von Sommersemester 1961 bis Wintersemester 1961/62 bei Professor Dr. Brox, Universität Mainz. Die mündliche Prüfung zum Doktorexamen legte ich am 26. Februar 1962 ab.

